الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

المجلد الرابع

النكاح - البيوع - الصلح

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن

الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي

المتوفى سنة ٦٨٤هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:

النكاح - البيوع - الصلح

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

ومندوب: لآمن من الزنا[1] الراغب فى النساء وهو يولد له.

ومباح: للمعرض عن النساء، وهو لا نسل له، وكذلك المرأة إلا فى التسرى.

قال صاحب المعلم: ومكروه لمن لا يشتهيه، وينقطع به عن العبادة.

وقال أهل الظاهر بوجوبه؛ لظاهر صيغة الأمر فى الحديث، وفى قوله - تعالى -: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وغيرها.

ويدل على عدم الوجوب قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فخير بين النكاح، وملك اليمين، وملك اليمين لا يجب إجماعا، فكذلك النكاح؛ لتعذر التخيير بين الواجب، وما ليس واجبا.

وكذلك قوله - تعالى -: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ. إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦].

فوائد فى الحديث المتقدم:

«الباءة»: المنزل، ويقال له: مباءة ومبوأ لما كان المتزوج يتبوأ بامرأته بيتا، سمى النكاح باءة.

وفيه أربع لغات: المد مع التاء، ومع حذفها، و «باهه» بإبدال الهمزة والقصر مع الهاء، وقوله: «من استطاع منكم»، يريد: المال الموصل إلى الوطء، وليس المراد الوطء وإلا لفسد قوله: «من لم يستطع فعليه بالصوم».

واعلم أن الصوم يقطع النكاح غالبا؛ لإضعافه القوة، وتخفيفه الرطوبة التى تولد المنى وقد يزيد فى النكاح فى حق المرطوبين فيقربون به من الاعتدال، فيقوى عندهم بالصوم لكنه قليل فى الناس.

فرع: النكاح مع قطع النظر على أحوال الناكحين مندوب[2] وتركه لنوافل العبادة عندنا.

وعن (ش): أفضل لمن لم تمل إليه نفسه.

وعند (ح)، وابن حنبل: هو أفضل؛ لأن العلماء اختلفوا فى وجوبه فأقل أحواله تقديمه؛ ولأنه يوجب إعفاف الزوجين، ووجود من يوحِّد الله - تعالى - ويكاثر به - عليه السلام - فهو متعد لهذه المصالح العظيمة، والمتعدى أفضل من القاصر

(١) فى أ: إلا من الزنا.

(٢) زاد فى ط: إليه.

ولتقديمه - عليه السلام - له على الصوم فى الحديث السابق.

الجواب عن الأول: إن ذلك الخلاف غير معتد به لضعف مدركه.

وعن الثانى: أن أصل النكاح شهوة النفس، وشهوة النفس مقتطعة عن الرب تعالى؛ وإنما هو وسيلة لما ذكرتموه[(١)]، والنوافل قربات فى أنفسها متعلقة بالرب - تعالى - بمعزل عن النفس والمقاصد مقدمة على الوسائل.

وعن الثالث: أن تقديم الصوم عليه إنما كان فى حق الشباب الذين شأنهم فرط الميل، وخشية الفساد، والنزاع إنما فى غيرهم.

وتنحصر مقاصد الكتاب فى ثلاث مقدمات، وثلاثة أبواب مشتملة على أقطاب العقد، ثم أسباب الخيار فيه، ثم توابعه، ويتمهد الجميع على هذا الترتيب إن شاء الله تعالى.

المقدمة الأولى:

فى الجواهر: قال القاضى أبو بكر: ينظر إلى المخطوبة قبل، وقاله الأئمة؛ لما فى أبى داود: قال - عليه السلام -: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»[(٢)] قال: ولا ينظر إلا إلى وجهها وكفيها، ويحتاج إلى إذنها عند ابن القاسم؛ لأن الفتنة قد توقع فى رؤية العورة.

وقال (ش) وابن حنبل: يكفى إذن الشرع.

تمهيد: أبيح هذا النظر المحرم؛ لضرورة دوام الصحبة إذا دخل على معلوم، كما أبيح لتحمل الشهادة فى الوجه، والفرج فى غير الزنا، وفى الزنا على ظاهر المذهب ويباح ذلك من الأمة المباحة الوطء، أعنى: الفرج، ومن الزوجة [إباحة][(٣)] من الجانبين.

---

(١) فى ط: ذكروه.

(٢) من حديث جابر: أخرجه أبو داود (٢/ ٥٦٥) كتاب النكاح: باب فى الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها (٢٠٨٢)، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٣٤)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٦٥) كتاب النكاح: باب إذا خطب أحدكم امرأة، والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٨٥) كتاب النكاح: باب نظر الرجل إلى المرأة. وقال الحافظ فى التلخيص: أخرجه الشافعى، وأبو داود، والبزار، والحاكم من حديث ابن إسحاق عن داود بن الحصين عن واقد بن عبد الرحمن عنه. ورواه أحمد من هذا الوجه وعله ابن القطان بواقد بن عبد الرحمن، وقال: المعروف واقد بن عمرو، وقال: رواية الحاكم فيها: عن واقد بن عمرو وكذا عند الشافعى، والبزار.

(٣) سقط فى أ.

وقيل: يكره نظر الفرج؛ لأنه يضعف البصر.

المقدمة الثانية:

فى الجواهر: الخطبة مستحبة، والتصريح بخطبة المعتدة حرام والتعريض جائز، وهو القول المفهم لمقصود الشىء من غير تنصيص مأخوذ من عرض الشىء، وهو ناحيته؛ لأنه تحريم على النكاح من غير هجوم عليه؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فدل على إباحة الإكنان، والتعريض، وتحريم المواعدة، وبهذا قال الأئمة.

غير أن (ش)، وابن حنبل منعا التعريض للرجعية، ولست أنقل فيه عندنا شيئا غير أن الأصحاب أطلقوا الإباحة من غير تخصيص.

وفى الجواهر: قال القاضى أبو بكر: والذى مال إليه مالك فى التعريض أن يقول: إنى بك لمعجب، ولك محب، وفيك راغب، قال: وهذا عندى أقوى التعريض وأقرب للتصريح، قال: والذى أرى أن يقول: إن الله - تعالى - سائق إليك خيرا(١) فأنت نافعة فإن زاد، فهو تصريح.

فرع: قال اللخمى: قال مالك: لا بأس بالهدية لأنها تعريض.

قاعدة: الأحكام كلها قسمان: مقاصد: وهى المتضمنة الحكم فى أنفسها.

ووسائل: تابعة للمقاصد فى أحكامها من: الوجوب، والتحريم، وغيرها، وهى المفضية إلى تلك المقاصد [خالية عن الحكم فى أنفسها من حيث هى وسائل، وهى أخفض رتبة من المقاصد](٢) فالجمعة واجبة مقصدا، والسعى واجب وسيلة، والزنا محرم مقصدا والخلوة محرمة وسيلة وكذلك سائر الأحكام.

والوسائل أقسام:

منها ما يبعد جدا فلا يعطى حكم المقصد؛ كزراعة العنب المفضية إلى الخمر.

وما قرب جدا فيعطى حكم المقصد؛ كعصر الخمر.

---

(١) فى أ: واسوريني. بدون نقط.

(٢) سقط فى أ.

وما هو متردد بين القريب والبعيد، فيختلف العلماء فيه؛ كاقتناء الخمر للتخليل.

والمحرم مقصدا ههنا هو اختلاط الأنساب باجتماع الماءين فى الرحم من الزوج السابق، واللاحق، والعقد حرام تحريم الوسائل؛ لإفضائه إلى الوطء، والتصريح كذلك لإفضائه للعقد، فهو وسيلة الوسيلة، ولما بعد التعريض عن المقصد لم يحرم، والإكنان[1] أبعد منه.

فرع: قال اللخمى: فإن تزوجها فى العدة، فأربعة أقوال:

قال مالك: تحرم، دخل فى العدة أو بعدها؛ مناقضة له بنقيض مقصوده؛ كالقاتل عمدا.

ولا تحرم إن فرق بينهما قبل الدخول؛ لانتفاء المقصود من العقد.

وقال - أيضا -: إن دخل بعد العدة فسخ، وما هو بالحرام البين، لحصول البراءة للرحم قبل الوطء الثانى وقاله ابن حبيب.

وقال - أيضا -: يحرم بالعقد؛ تنزيلا للوسيلة منزلة المقصد.

وقال ابن نافع: لا تحرم، وإن دخل فى العدة؛ قياسا على الزنا بها، وقاله (ش) و(ح) فإن قبل، أو باشر فى العدة حرمت عند ابن القاسم؛ كما تحرم أمة الأب بالمباشرة على الابن.

ولمالك قولان.

قال صاحب البيان: والقبلة، والمباشرة بعد لا تحرم اتفاقا.

وفى الجلاب: الفسخ بغير طلاق؛ لأنه مجمع على فساده، ويجب المسمى[2] لقوله - عليه السلام -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[3] وههنا كذلك، ولا يتوارثان قبل الفسخ؛ لفساد العقد.

---

(١) فى أ: والاكتنان.

(٢) زاد فى ط: بالدخول.

(٣) من حديث عائشة: أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢٩) كتاب النكاح: باب فى الولى (٢٠٨٣)، والترمذى (٣/ ٤٠٨) كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولى (١١٠٢). قال أبو عيسى: هذا حديث حسن. وابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولى (١٨٧٩)، وابن حبان، ذكره الهيثمى فى موارد الظمآن ص (٣٠٥) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الولى والشهود (١٢٤٨)، وأحمد (٦/ ٦٦)، والشافعى (٢/ ١١) كتاب النكاح: الباب الثانى، فيما =

وفى الكتاب: إن دخل بها عوقب الزوج والمرأة والشهود إن علموا، فإن تزوجها ثم ولدت من زنا لثلاثة أشهر، حرمت أبدا؛ كالنكاح فى العدة، وكرهت عند أصبغ.

فى الجواهر: دخول وطء على وطء ثمانية أوجه:

وطء نكاح فى عدة نكاح.

ووطء نكاح فى عدة شبهة نكاح.

ووطء نكاح فى استبراء غصب.

ووطء نكاح فى استبراء زنا.

ووطء نكاح فى استبراء ملك.

ووطء نكاح فى استبراء ملك بعد العتق.

ووطء ملك فى استبراء ملك.

ووطء بغير شبهة فى عدة، أو استبراء بغصب، أو زنا.

فيحرم فى الأول والثانى على الواطئ أبدا اتفاقا من أصحاب مالك.

وفى الثالث، والرابع عند مالك، خلافا لعبد الملك.

وفى الخامس قولان؛ نظرا إلى الملك السابق، فلا يحرم، أو قصد تعجيل شىء بالنكاح فيحرم.

ولا يحرم فى السادس عند ابن القاسم، وأشهب، وهو عندهم أخف من استبراء أم الولد؛ لوقوع الوطء فى ملك أم الولد.

ولا يحرم فى السابع اتفاقا؛ لأن الملك مقصود الاستخدام دون الوطء، فضعفت آثار الوطء فيه، ولذلك لا يجب القسم للسرارى، ويكون مضيقا على نفسه إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، وإن أبقى[1] السرارى، وشبهة الملك كالملك، كما أن شبهة النكاح كالنكاح.

ولا يحرم فى الثامن؛ لأنه لم يرد تعجيل شىء بل أقدم على الحرام مع قطع النظر بتعجيل، أو بتأجيل.

= جاء فى الولى (١٩)، والدارمى (٢/١٣٧) كتاب النكاح: باب النهى عن النكاح بغير ولى، والحاكم (٢/١٦٨) كتاب النكاح: باب أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها. وقال: صحيح على شرط الشيخين، وذكر له متابعة.

(١) فى أ: بقى.

والأصل فى هذا التحريم: قول عمر، وعلى - رضى الله عنهما - من غير مخالف، فكان إجماعا. والقياس على قاتل[1] الموروث عمدا، وعلى الملاعن؛ بجامع إدخال الشبهة فى النسب.

قال اللخمى: إذا تزوجت فى استبراء من زنا، ودخل بها، فالذى رجع إليه ابن القاسم، أنها إن كانت حاملا حرمت، وإلا فلا.

وقال أشهب: إذا اغتصبت امرأته[2] حاملا، له وطؤها؛ لأن الحمل لا يطرأ على الحمل إلا فى غاية الندرة، وكرهه أصبغ.

فرع: إن أوعد فى العدة أو عقد بعدها:

قال فى الكتاب: يفسخ بطلقة أحب إلى، دخل أم لا؛ للنهى، ثم يخطب بعد ذلك؛ لانتفاء العقد ومقصوده من العدة.

وقال أشهب: يفسخ وتحرم أبدا وطئ أم لا؛ لأن ما وقع بعد العدة سببه المواعدة، وهى حرام، والمبنى على الحرام حرام.

فرع: قال اللخمى: الرجعية تتزوج فى العدة، فيرتجعها زوجها فى العدة وقبل التفريق بينهما.

قال مالك: تصح الرجعة، ولا يطأها حتى يستبرئها من الماء الفاسد بثلاث حيض إن دخل بها الثانى وإن أصابها فى عدتها من الثانى، لم تحرم لأنه أصاب امرأته.

وكذلك المنعى لها زوجها، فيقدم فيفرق بينها وبين الثانى، فيصيبها الأول قبل انقضاء عدة الثانى.

وكذلك التى تزنى فيصيبها زوجها قبل الاستبراء، بخلاف البائن تتزوج فى العدة، لا يجوز للأول العقد عليها، وهى فى عدة منهما، فإن فعل فسخ قبل الدخول وبعده؛ لأن البائن أجنبية والرجعية زوجة، وتحرم عليه إن دخل بها فى العدة منه، أو من الثانى.

فرع: قال صاحب المنتقى: إذا طلقها ألبتة، ثم تزوجها فى عدتها:

قال ابن نافع: تحرم أبدا؛ قياسا على الأجنبى، وكذلك قال مالك: إذا خالعها

(١) فى أ: القاتل.
(٢) فى ط: امرأة.

على أنها إن طلبت ما أعطت، فهى امرأته فطلبته، فرده، وراجعها، وأصابها فى عدتها، حرمت عليه أبدا.

وروى عن ابن القاسم، وغيره حلها؛ لأن الماءين واحد.

ومباشرة الأجنبى المتزوج فى العدة دون الوطء فيها قولان لابن القاسم، ولو تصادقا بعد الخلوة على عدم الوطء، حرمت عليه أبدا، ولا يصدق عند ابن القاسم، وأشهب ولو صدقت فى هذا لأسقطت العدة.

فرع: قال صاحب البيان: لو تزوجها فى عدتها [وهما][(١)] مجوسيان أو نصرانيان ثم أسلما بعد انقضائها لا[(٢)] يفرق بينهما، وطئ أم لا وإن أسلما فى العدة فسخ إن كان العقد قبل حيضة، وقيل: قبل ثلاثة، وإن وطئ بعد الإسلام فى العدة حرمت أبدا عند مالك، وجميع أصحابه.

فرع: قال صاحب المنتقى: تستحب الخطبة - بالضم - عند الخطبة - بالكسر - وصفتها: أن يحمد الله - تعالى - ويثنى عليه، ويصلى على نبيه - عليه السلام - ثم يقول ما رواه الترمذى[(٣)]: [﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾] [آل عمران: ١٠٢] ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١] ﴿ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [الأحزاب: ٧٠] ثم يقول: أما بعد: فإن فلانا رغب فيكم، وانضوى إليكم، وفرض لكم من الصداق كذا وكذا فأنكحوه هذه البنية[(٤)] وفى الجواهر: تستحب - أيضا - عند العقد.

فرع: وفى الجواهر: تجوز الغيبة فى ذكر مساوئ الخطّاب للحذر؛ لقوله - عليه السلام - لزينب بنت قيس: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَرَجُلٌ صُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: لم.
(٣) من حديث عبد الله بن مسعود: أخرجه الترمذى (٣/ ٤١٣) كتاب النكاح: باب ما جاء فى خطبة النكاح: (١١٠٥). قال أبو عيسى: حديث عبد الله حديث حسن. والنسائى (٦/ ٨٩) كتاب النكاح: باب ما يستحب من الكلام عند النكاح، وابن ماجه (١/ ٦٠٩) كتاب النكاح: باب خطبة النكاح (١٨٩٢)، وأحمد (١/ ٤٠٨، ٤١٨، ٤٣٧)، والبيهقى (٣/ ٢١٤) كتاب الجمعة: باب كيف يستحب أن تكون الخطبة، من طرق عن أبى إسحاق عن أبى الأحوص عن ابن مسعود مرفوعًا.
(٤) فى ط: السنة.

يَضَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ»[١].

فرع: قال الأبهرى فى شرح المختصر: إذا تزوجها فى عدتها جاهلا، ثم علم بذلك وأصاب فى العدة؛ حرمت عليه أبدا، فإن لم يصب، فله تزوجها بعد العدة بعقد جديد.

المقدمة الثالثة:

فى الجواهر: تحرم الخِطبة على خِطبة الغير بعد الكفاءة[٢]، والتراكن.

وبه قال الأئمة؛ لقوله - عليه السلام - فى الموطأ: «لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيه»[٣].

قال ابن القاسم: ولا يقف التحريم على تقدير الصداق؛ لتحقق الخطبة بدونه بدليل التفويض[٤].

ووافقه ابن نافع؛ لأن السكوت عنه نادر.

قال الأصحاب: وهذا فى المتماثلين.

قال ابن القاسم: وهو مورد الحديث، أما فاسق وصالح فلا؛ لتحصيل المصلحة للمولى عليها.

فرع: لو اقتحم النهى أُدِّبَ، ولا يفسخ عقده عند ابن القاسم، و (ش)، و (ح)؛ لأن النهى حق للغير لا لمفسدة فى العقد.

ويفسخ عند ابن نافع قبل الدخول؛ نظرا للنهى، وروى عنه: يفسخ مطلقا.

قال عبد الوهاب: وظاهر المذهب: الفسخ.

قال القاضى أبو بكر: الصحيح عدمه.

فرع: قال: قال ابن يونس: إذا لم يفسخ، للعاقد التوبة[٥]، وعرضها على

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٨٠) (٦٧)، وأحمد (٦/ ٤١١)، ومسلم (٣/ ١١١٤) حديث (٣٦/ ١٤٨٠)، وأبو داود (٢/ ٧١٢) (٢٢٨٤)، والنسائى (٦/ ٧٥)، وقول المصنف: قوله - عليه السلام - لزينب بنت قيس - خطأ - وصوابه فاطمة بنت قيس.

(٢) فى ط: الكفارة.

(٣) من حديث عبد الله بن عمر: أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٢٣) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الخطبة (١)، والبخارى (٩/ ١٠٥) كتاب النكاح: باب لا يخطب على خطبة أخيه (٥١٤٢)، وأخرجه البخارى (٥١٤٤)، ومسلم (٢/ ١٠٢٩) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع (٣٨ - ١٤٠٨) من حديث أبى هريرة.

(٤) فى أ: التفريط.

(٥) فى ط: النوبة.

الخاطب الأول فإن حلله[١] مضى، وإن أبى فارقها، فإن نكحها الأول، وإلا استأنف عقده عليها.

قال ابن القاسم: إذا لم يحلله، استغفر الله، ولا شيء عليه.

* * *

(١) في ط: حللها.

الباب الأول

فى أقطاب العقد

وهى خمسة أقطاب:

[القطب](١) الأول: العاقد: وهو الزوج أو الولى، ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها، بكرا كانت أو ثيبا، رشيدة أوسفيهة، أذن الولى أم لا، وقاله (ش) وابن حنبل.

وجوزه (ح) فى الرشيدة؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] و﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فأضاف العقد إليها.

ولأنها متصرفة فى مالها، ففى نفسها بطريق الأولى؛ لأن الحجر على البالغ العاقل على خلاف الأصل، والأصل: ملك الإنسان لمصالح نفسه.

والجواب عن الأول: أن النكاح حقيقة فى الوطء، وهو متعذر فى المرأة وإذا تعذرت الحقيقة فحمله على التمكين منه أولى؛ لأنه أقرب المجازات إلى الحقيقة.

ويوضحه قوله - تعالى -: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] فخاطب الأولياء دون النساء.

وقوله - عليه السلام - عند الدارقطنى: «لَا تُزَوِّجِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا الْمَرأَةُ نَفْسَهَا»(٢) وقال: هذا حديث صحيح.

وعن الثانى: الفرق: فإن تصرفها فى نفسها مع غلبة شهوتها يخشى منه العار عليها، وعلى أوليائها، يأخذها غير كفء، وهى مفسدة تدوم على الأيام، بخلاف المال، فيكون الحجر عليها أولى من الحجر على السفيه فى ماله.

تفريع:

فى الجواهر: لا خلاف عندنا أنها لا تكون وليا عن امرأة(٣).

وروى عن ابن القاسم: ولايتها على عبيدها، ومن وصيت عليه من أصاغر الذكور دون الإناث.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥، ٦٠٦) حديث (١٨٨٢)، والدارقطنى (٣/ ٢٢٧) (٢٥) من حديث أبى هريرة. وانظر الكلام عليه فى تلخيص الحبير (٣/ ٣٤٤).

(٣) فى ط: على المرأة.

والفرق من ثلاثة أوجه:

أن للصبى أهلية العقد بعد البلوغ والعبد بعد العتق.

ولأنهما قادران على رفع العقد بالطلاق.

ولأن الولاية عليهما ليس لطلب الكفاءة المحتاجة لدقيق النظر، بخلاف الأنثى فى ذلك كله.

قال سحنون: للمرأة مباشرة العقد على من يعقد على نفسه بوكالته لها.

والفرق: أن الوكالة لا تقع إلا بعد النظر فى تحصيل المصلحة من العقد، فلا خوف، وتجب للدخول بها فى النكاح بغير ولى المسمى، ويسقط الحد؛ لشبهة الخلاف ويفسخ، ولو طال بعد الدخول بالأولاد بطلاق عند ابن القاسم، وبغيره عند ابن نافع نظرًا إلى الخلاف، أو تمكن الفساد؛ لقوله - عليه السلام -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثَلَاثَ - مَرَّاتٍ فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»(١).

وأما من له أهلية العقد ففيه فصلان:

الفصل الأول: الزوج

ويشترط فيه شروط للصحة، وشروط للاستقرار.

أما شروط الصحة: فأربعة:

الأول: الإسلام؛ لأن الكفر مانع من الاستيلاء على فروج المسلمات.

والتمييز.

والعقل حتى يتأتى منه الإنشاء للعقد، فيخرج الصبى غير المميز، والمجنون.

وأما السكران: فقال صاحب البيان: أما الذى لا يعرف الرجل من المرأة، ولا السماء من الأرض فكالمجنون فى جميع أقواله، وأفعاله اتفاقا بينه وبين الله، وبين الناس إلا فى قضاء الصلوات، فقيل: يجب عليه؛ لأن المعصية لا تكون سبب الرخصة والتوسع.

وأما من فيه بقية من عقله - وهو المختلط - فأربعة أقوال:

قال ابن عبد الحكم: كالمجنون؛ لقول عثمان - رضى الله عنه -: ليس للمجنون

---

(١) تقدم.

ولا للسكران طلاق.

وقال ابن نافع - في الكتاب - و (ش) و (ح): هو كالصاحي في جميع[1] أحواله؛ لقوله - تعالى - خطابا للسكارى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] وقال الليث: يلزمه الأفعال دون الأقوال، فيقتص منه ويحد في الزنا دون القذف، والطلاق، والعتاق؛ لاحتياج الفعل إلى مقدمات أكثر من القول.

قال: ومذهب مالك، وعامة الأصحاب: تلزمه الجنايات؛ كالعتق، والطلاق، والحدود دون الإقرارات، والعقود.

وهو أظهر الأقوال؛ لأن ما لا يتعلق به حق الله - تعالى - من الإقرارات والعقوبات إذا لم تلزم الصبي فهو أولى، وتلزمه حقوق الله - تعالى - من الصوم، والصلاة، ونحوهما، ويلزمه النكاح، فإن شهدت البينة بالاختلاط دون السكر، حلف على المشهور ولا يلزمه النكاح.

وقيل: يلزمه وإذا لم يرجع في وصيته[2] حتى مات؛ نفذت.

والرابع: تحقق الذكورية، فالخنثى:

قال اللخمي: لا ينكح ولا ينكح ويحمل في صلاته وشهادته وجملة أحكامه على الأحوط، ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم عن صفوف النساء.

قال أبو الطاهر: وله وطء جاريته بملك اليمين.

وأما شروط الاستقرار فخمسة:

الشرط الأول: الحرية، فلا يستقر نكاح العبد بغير إذن سيده، ووافقنا (ح).

وقال (ش) وابن حنبل: لا يجوز [إلا] بإجازة سيده؛ لقوله - عليه السلام - في أبي داود: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ عَاهِرٌ»[3].

واتفق الأئمة على منعه ابتداء، وإنما اختلفوا: هل الرق مانع من الصحة والاستقرار؟ ووجه تعلق حق السيد: أن زواج العبد ينقص الرغبات فيه؛ لتعذر نقلته

---

(١) في ط: جملة.

(٢) في ط: وصية.

(٣) من حيث جابر: أخرجه الترمذي (٣/ ٤١٩) كتاب النكاح: باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده (١١١١)، وأبو داود (٢/ ٢٢٨) كتاب النكاح: باب في نكاح العبد بغير إذن سيده (٢٠٧٨)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٤)، وصححه.

من بلده؛ لتعلقه بامرأته وذريته، وصرف كسبه لهم سرًا، وعلانية، وليس له أن ينقل مال سيده بتنقيص ماليته.

قال: وفى الكتاب: وفسخه بطلقة بائنة، أو تطليقتين - جميع طلاق العبد -.

وعلى الأول أكثر الرواة، وإن أجازه جاز، فإن امتنع من الإجازة، ثم أجاز: فإن أراد بالأول الفسخ انفسخ، وإلا صحت الإجازة من قرب.

وإن أعتقه بعد علمه نفذ وإن باعه قبل علمه لم يكن للثانى فسخه؛ لأنه إنما انتقل إليه ملك معيب، وله الرد بالعيب إن لم يعلم فيفسخه البائع إن أراد، وإن مات قبل علمه، فلورثته ما كان لمورثهم.

قال اللخمى: مقتضى مذهب الأبهرى: فسخه بغير طلاق.

قال: وأرى للبائع فسخه قبل رده عليه بالعيب، وللمشترى رده بعد الفسخ لأنه عيب لا يرتفع بالفسخ بسبب عادة العبد لذلك، وإذا رضى المشترى بذلك، ثم رده بعيب قديم، رد ما نقص النكاح؛ لأن رضاه به كالحدوث عنده.

فرع: قال اللخمى: للعبد زواج أربعة.

وروى عنه: لا يتعدى اثنتين، وبه قال الأئمة؛ لقول عمر - رضى الله عنه -: ينكح العبد اثنتين، ويطلق تطليقتين؛ ولأنه معنى يقبل التفاضل فينشطر؛ قياسا على الحدود، والعدد، والطلاق.

والجواب عن الأول: أنه روى عن ابن عباس(١) خلافه.

وعن الثانى: أن العلة ثمة إنما هى كونها عذابا، فاندرج فى قوله - تعالى -: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] وههنا نعيم فلا يلحق به، بل يمنعه قوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]. وهو مندرج فى الضمير المذكور.

تنبيه: آية التشطير إنما تناولت الإناث؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَعَلَيْهِنَّ﴾ وإنما ألحق الذكور بالإجماع.

تمهيد: للعبد مع الحر(٢) أربع حالات:

---

(١) فى أ: ابن القاسم.

(٢) فى ط: مع الحرائر.

التشطير؛ كالحدود.

والمساواة؛ كالعبادات.

ومختلف فيه؛ كعدد الزوجات، وأجل الإيلاء والعنة، وحد القذف، فعلى النصف عند مالك فى جميع ذلك وقيل بالمساواة.

وساقط عنه واجب على الحر؛ كالزكاة، والحج.

فرع: قال اللخمى: واستحسن مالك أن تكون الرجعة للعبد إذا ردَّ السيد نكاحه، ثم عتق فى العدة.

الشرط الثانى: البلوغ:

ففى الكتاب: إذا تزوج صبى يقوى على الجماع بغير إذن أبيه، أو وصيه، إن أجازه وليه، جاز؛ كبيعه وشرائه، وإن فسخه قبل البناء أو بعده، فلا صداق؛ لأن إصابته كلا شىء.

[فرع:] [1] وفى الجواهر: منع سحنون إجازة عقد الصبى مطلقا، وجعل البلوغ شرطا فى الصحة؛ لأن الصبى مسلوب الأهلية، والعقد بغير عاقد معتبر لا يصح، وفرق بينه وبين البيع؛ للضرورة العامة.

قواعد: الصبى ينعقد نكاحه دون طلاقه؛ لأن عقد النكاح سبب إباحة الوطء، وهو أهل للخطاب بالإباحة، والندب، والكراهة دون الوجوب، والتحريم؛ لأنها التكليف، والطلاق سبب التحريم بإسقاط عصمة الزوج، وهو ليس أهلًا للتحريم، فلم ينعقد سببه فى حقه، واشترك السببان فى أنهما خطاب وضع، وانضاف إلى أحدهما كونه خطاب تكليف؛ فلا جرم انتفى عنه.

الشرط الثالث: الرشد:

قال اللخمى: إذا تزوج السفيه بغير إذن وليه، أمضاه إن كان سدادا وإلا رده، فإن رده بعد البناء ففيما تستحقه الزوجة أربعة أقوال:

ربع دينار، لمالك؛ لأنه الواجب لله تعالى.

ولا يترك لها شيئا، لعبد الملك؛ نظرا لإبطال العقد الموجب بالفسخ.

ويجتهد فى الزيادة على ربع دينار لذات القدر، لابن القاسم؛ نفيا للضرورة.

---

(١) سقط فى أ.

ويزاد ما لا يبلغ صداق المثل، لأصبغ؛ لأنها إصابة خالطها إذن، فإن علمت به فربع دينار فقط، فإن لم يعلم الولى حتى مات السفيه، والزوجة:

قال ابن القاسم: للولى النظر بعد موتها، إن رد سقط الميراث، وإلا أخذه، ولا ميراث لها بموت الزوج، ولا نظر بعد موته.

وقال أصبغ: إن ماتت وتزويجه غبطة، فلها الصداق والميراث؛ لأنه تصرف أهل الرشد، وإلا فلا صداق، ولا ميراث.

وإن مات الزوج، فلها الميراث؛ لتحقق سببه، وهى الزوجية، وينظر فى الصداق.

قال صاحب البيان: فى السفيه الذى اتصل به الموت ثمانية أقوال.

لابن القاسم: يتوارثان ويمضى الصداق بناء على أنه محمول على الإمضاء حتى يرد، وأن النظر يرتفع بموت أحدهما، ولا يبطل النظر بموت أحدهما.

ولا يتوارثان، ويبطل الصداق إلا أن يدخل بها [فلها][1] ربع دينار، بناء على حمله على الرد حتى يمضى، وأن النظر يرتفع بموت أحدهما، قاله ابن القاسم أيضا.

ويتوارثان مراعاة للخلاف، وإن كان العقد غبطة فلها الصداق دخل أم لا، وإلا بطل الصداق إلا أن يدخل فربع دينار، قاله أصبغ.

ويتوارثان مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إن كان الميت الزوج، وينظر فيه إن كان الميت المرأة، فإن كان غبطة، فلها الصداق دخل أم لم يدخل، وإلا بطل الصداق إلا أن يدخل فربع دينار؛ بناء على بطلانه بموت الزوج دون المرأة.

ويتوارثان مراعاة للخلاف، ويثبت الصداق إن كان الميت الزوج دون المرأة، ويتوارثان وينظر فيه إن كانت[2] المرأة، على ما تقدم؛ بناء على الرد، وارتفاعه بموت المرأة.

والثامن: إن كان غبطة ثبت الميراث والصداق، وإلا انتفيا إلا أن يدخل فربع دينار.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: كان.

قاعدة: السفيه لا ينفذ[١] تصرفاته؛ صونا لماله على مصالحه وتنفذ وصاياه؛ صونا لماله على مصالحه فلو ورث[٢] الوصية لم ينتفع بالمال بعد الموت، فالسفه معنى واحد اقتضى الرد والتنفيذ ويسمى جمع الفرق.

الشرط الرابع: الصحة.

وأصله: نهيه - عليه السلام - عن إدخال وارث وإخراج وارث وهو جائز فى الصحة اتفاقا، فتعين المرض، والمتزوج يدخل، فوجب بموجب المنع؛ لحق الورثة.

قال اللخمى: نكاح المريض ثلاثة:

جائز، وممنوع، ومختلف فيه. لأن المرض أربعة:

غير مخوف فيجوز النكاح، وكذلك المخوف المتطاول؛ كالسل، والجذام إذا تزوج فى أوله.

ومخوف أشرف على الموت فيمتنع.

ومخوف غير متطاول ولم يشرف، فثلاثة أقوال:

فاسد، ولا ميراث، وهو المشهور، وقاله مالك أيضا.

يجوز إن كان محتاجا إليه للإصابة، والقيام به، وإلا فلا، وإجازته مطلقا.

وفى الجواهر: روى عن مالك صحة نكاح المرضى، كيف كان المرض.

وحيث قلنا بالمنع:

قال اللخمى: إن عثر عليه فى المرض.

قال محمد: يفسخ، [وإن دخل، وقال ابن كنانة يفسخ][٣] قبل الدخول فقط.

وقال ابن القصار: الفرقة استحبابا؛ لصحته بعد زوال المرض.

وفى الكتاب: لا يجوز نكاح مريض، ولا مريضة، ويفسخ ولو بعد البناء، وإن ماتت المريضة، فلها الصداق، ولا يتوارثان وإن دخل المريض، فصداقه فى ثلثه[٤]؛ لأنه تصرف فى المرض، ويقدم على الوصايا، والعتق؛ لأنه كالمعاوضة،

---

(١) فى ط: لاتنفذ.
(٢) فى ط: ردت.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: ثلاثة.

ولا ترثه؛ لتعلق حق الورثة بالتركة قبلها، وإن صح، ثبت النكاح؛ لزوال المانع دخل أم لا، ولها المسمى.

وقد كان يقول: يفسخ، ثم أمرني بمحوه، وإن فسخ قبل البناء، فلا صداق؛ لأن فرضه غير معتبر شرعا، والله - تعالى - لم يوجب إلا نصف الصداق المفروض قبل البناء، ولا ميراث، لما تقدم.

نظائر: قال ابن بشير: إن الممحوات في الكتاب أربعة:

لا يثبت نكاح المريض، والمريضة بعد الصحة.

وولد الأضحية:

قال: حسن أن يذبح معها، قال: أي: لم أره واجبا، ثم قال: امحها، واترك ذبحه.

قال ابن القاسم: وأرى عدم الوجوب.

والحالف لا يكسو امرأته ثم افتك لها ثيابا من الرهن:

قال: لا يحنث.

ومن سرق، ولا يمين له أو [له] يمين شلاء، قال: تقطع رجله اليسرى، ثم أمر بمحوها، وقال: بل يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم.

قال ابن يونس: قال في الكتاب - أيضا -: إذا بني بها، فلها المسمى، وإن زاد على صداق المثل، ولا يقدم عليه في الثلث إلا المدبر في الصحة.

وقال أيضا: يقدم على المدبر في الصحة، وليس بشيء؛ لاشتراكهما في أن مخرجهما الثلث وهذا مع المانع بخلاف ذاك.

وقال سحنون: إن زاد صداقها على المثل؛ رد إليه عند ابن القاسم، ويقدم على الوصايا والمدبر في الصحة، ويسقط الزائد عنده.

وقيل يحاص به في الوصايا.

ومنشأ الخلاف: هل تورث فلا يكون لها الزائد؛ لأنها وصية لوارث؟ أو لا، فيكون لها لأنها وصية لغير وارث؟

واختلف في نكاح الأمة، والكافرة: فجوزه أبو مصعب؛ لعدم الميراث، ومنعه عبد الملك؛ لاحتمال العتق، والإسلام قبل الموت.

فرع: قال: فلو نكح تفويضا، ثم سمى، ثم مات، فلا شيء لها إلا أن يدخل،

فيكون فى ثلثه، ولو كان أضعاف صداق المثل مقدما على الوصايا.

وقال أصبغ: يقدم صداق المثل ويبطل الزائد؛ لأنه الواجب بالوطء.

وقال المغيرة: صداق المريض مطلقا فى رأس المال؛ قياسا على جنايته.

قال الشيخ أبو الحسن: ربع دينار فى رأس المال؛ لأنه حق الله - تعالى - فيحاص به أرباب الديون، ونظيره ترك السيد لزوجته الغير مدخول بها ربع دينار.

فرع: قال اللخمى: إذا تزوج بإذن ورثته، لا يجوز؛ لإمكان فوات الإذن وانتقال الميراث لغيره.

قال [محمد][1]: وهذا نادر، وأرى جوازه.

سؤال: ينبغى أن يمنع المريض من الوطء، خشية إدخال وارث؛ لظاهر النهى، كالتزويج، ولم يمنع؟ جوابه: المرأة وارث محقق، وقد يكون من الوطء حمل وقد لا يكون.

قال صاحب البيان: إذا غصب مريض امرأة، فصداقها من رأس المال قولا واحدا؛ لأنها لم تدخل على الحجر بخلاف المختارة.

فرع: قال اللخمى: ويلحق بالمريض، والمريضة الزاحف فى الصف، [وراكب البحر والمقرب للقتل][2] والمحبوس له.

قال أبو الطاهر[3] فى هؤلاء قولان:

والحامل يمتنع - أيضا - إلا أن يكون الحمل من العاقد.

فرع: قال اللخمى: الإقرار فى المرض بالنكاح أو فى الصحة [لا يجوز، ولا مهر ولا ميراث، وإن أقرت بمرضها بزوج فى الصحة][4] فصدقها الولى، لم يقبل قولها؛ لأنه إقرار على غير الولى، وإن أقرت فى الصحة ثم مرضت، وماتت، وقال الولى: زوجتها منه فى صحتها، وادعى ذلك الزوج بعد الموت - فله الميراث، وعليه الصداق.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: والراكب فى البحر، والمقترب للقتال.

(٣) زاد فى ط: والمحبوس.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

الشرط الخامس: الكفاءة.

والكفء لغة: المثل، وأصل اعتبارها: أن المطلوب من النكاح السكون، والود والمحبة، لقوله - تعالى -: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] ونفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس، بل ذلك سبب العداوة، والفتن، والبغضاء، والعار على مر الأعصار فى الأخلاف والأسلاف فإن مقارنة[١] الدنىء تضع ومقارنة[٢] العلى ترفع.

والقاعدة: أن كل عقد لا يحصل الحكمة التى شرع لأجلها لا يشرع.

والكفاءة متفق عليها بين العلماء، وإنما الخلاف بأى شىء تحصل.

فعند (ش): تحصل بخمسة أوصاف:

الصلاح فى الدين، والحرية، والنسب إليه - عليه السلام - أو للعلماء. لأنهم ورثته، أو للصحابة؛ لأنهم أتباعه دون الملوك، وشيعهم فإنهم لا قدر لهم عند الله - تعالى - لظلمهم، والسلامة من العيوب الموجبة للفسخ، كالجذام، ونحوه.

وعدم الحرف الدنيئة[٣] ولا عبرة بالجمال، ولا اليسار؛ لحصول المصالح الشرعية فى النكاح بدون التساوى فيهما.

وعند (ح)[٤] بخمسة أوصاف: الدين، والحرية، والحرفة، والغنى؛ لما يقال: مال الرجل حسبه[٥] وفى الحديث: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ»[٦] فذكر المال، والخامس: النسب، وشدد فيه.

فقال: [لا يكافئ قريش على][٧] غيرها من العرب، ولا يكافئ العرب غيرها، واعتبر الكفاءة فى بيوت العرب، قال: وإذا زوجت نفسها من غير كفء، فللأولياء

---

(١) فى ط: مقاربة.
(٢) فى ط: مقاربة.
(٣) فى أ: الحرب الدنية.
(٤) فى أ: ش.
(٥) فى ط: جيبه.
(٦) من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (٩/ ٣٥) كتاب النكاح: باب الأكفاء فى الدين (٥٠٩٠)، وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٨٦) كتاب الرضاع: باب استحباب نكاح ذات الدين (٥٣ - ١٤٦٦).
(٧) فى ط: لا تكافئ قريشًا.

التفريق؛ لدفع العار عنهم، وإذا زوج الأب الصغير، أو الصغيرة من غير كفء؛ نفذه، ووافقه ابن حنبل فى الدين، والنسب على ما فصله، والغنا، والحرفة، ولم يعتبر الحرية لقوله - عليه السلام - لبريرة حين عتقت تحت عبد: «لَوْ رَاجَعْتِيهِ»[١].

وأما نحن: فنعتبر فيه خمسة أوصاف:

الوصف الأول: الدين.

ففى الجواهر: متفق عليه فإن زوجها لفاسق بجوارحه، فلا خلاف منصوص أن العقد لا يصح، كان الولى أبا، أو غيره، وللزوجة ومن قام لها فسخه.

قال: وكان بعض الأشياخ يهرب من الفتوى فى هذه المسألة؛ لما يؤدى إليه من نقض أكثر الأنكحة.

وأما الفاسق باعتقاده:

فقال مالك: لا نزوج القدرية ولايزوج إليهم.

الوصف الثانى: الحرية.

قال: وظاهر قول ابن القاسم فى الكتاب: كفاءة الرقيق يشير لقوله فى الكتاب: ذات القدر[٢] إذا رضيت بعبد، أو مولى، المسلمون[٣] بعضهم لبعض أكفاء، وللعبد، والمكاتب أن يتزوج ابنة سيده واستثقله مالك.

قال سحنون: والصحيح عدم كفاءته.

وقال المغيرة: يفسخ؛ لأن للناس مناكح عرفت بهم، وعرفوا بها، ونفيا للمعرة، والضرر.

وفى الكتاب: قال غيره: ليس للعبد، ومثله إذا دعت إليه ذات قدر يكون الولى عاضلا برده، واستثقل مالك زواج العبد، والمكاتب ابنة سيده.

قال صاحب النكت: إنما استثقله لأنها[٤] قد تملكه فينفسخ النكاح.

والفرق بينه وبين تزوج أمة الولد[٥] مع توقع الإرث: أن الوطء يبقى له بملك اليمين.

---

(١) من حديث ابن عباس: أخرجه البخارى (٩/ ٣١٩) كتاب الطلاق: باب شفاعة النبى ﷺ (٥٢٨٣)، والنسائى (٨/ ٢٤٥) كتاب أدب القضاء: باب شفاعة الحاكم (٥٤١٧).

(٢) فى أ: الأب.

(٣) فى ط: المسلمين.

(٤) فى ط: لأنهما.

(٥) فى أ: الوالد.

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا تزوج مكاتب حرة، فعرفت[١] بعد سنين، وغرها بنفسه، حلفت وخيرت فى البقاء؛ لأن الأصل عدم العلم وهو ليس بكفء ويكون لها المسمى بالمسيس.

ولو كانت مكاتبة، أو أمة فليس [لها مقال؛ لأنه كفء إلا أن تدعى أنه غرها، وأخبرها بالحرية فتزوجته على ذلك، فيحلف هو؟ لأن الأصل عدم][٢] الاشتراط، فإن نكل حلفت وخيرت، وهذا البحث منه، والنقل يدل على اعتبار الحرية فى الكفاءة.

الوصف الثالث: النسب:

ففى الكتاب: المولى كفء للعربية؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] فإذا رضيت بدونها فى الحسب، وامتنع الأب وغيره، زوجها السلطان.

وفى الجواهر: وقيل: ليس بكفء.

قال عبد الملك: معنى نكاح المولى العربية: إذا كان رغبة فى دينه؛ لقوله - عليه السلام -: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَونَ دِينَهُ وَهَدْيَهُ فَزَوِّجُوهُ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَسْوَدَ أَجْدَعَ أَجْذَمَ»[٣] وإذا لم يكن كذلك، فالنكاح مردود قبل البناء، وبعده، ويعاقب الناكح، والمنكح، والشهود.

فائدة: الفرق بين الحسب والنسب: أن النسب يرجع إلى الآباء، والأمهات، والحسب إلى المراتب[٤]، والصفات الكريمة، مأخوذ من الحساب لأن العرب كانت إذا تفاخرت حسبت مآثرها، فتقول أضفنا بنى فلان، وأجزنا بنى فلان وحمينا

---

(١) زاد فى ط: به.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٣) إلى «فزوجوه» هو المعروف: أخرجه الترمذى (٣/ ٣٩٥) كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه (١٠٨٥) من حديث أبى حاتم المزنى. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب. وأخرجه الترمذى من رواية أبى هريرة (٣/ ٣٩٤). كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه (١٠٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢) كتاب النكاح: باب الأكفاء (١٩٦٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٦٤) كتاب النكاح: باب من أعطى لله، وأخرجه البيهقى من رواية أبى حاتم المزنى (٧/ ٨٢) كتاب النكاح: باب الترغيب فى التزويج من ذى الدين والخلق المرضى. وعبد الرزاق (٦/ ١٥٢) كتاب النكاح: باب الأكفاء (١٠٣٢٥) من رواية يحيى بن أبى كثير، وفى الكنى للدولابى (١/ ٢٥).

(٤) فى أ: المناقب.

وفعلنا، وجعلنا[١] يسمى ذلك حسبا.

الوصف الرابع: كمال الخلقة.

وفى الجواهر: يؤمر الولى باختيار كامل الخلقة لقول عمر - رضى الله عنه -: «لَا يُزَوِّجِ الرَّجُلُ وَلِيَّتَهُ لِلْقَبِيحِ الذَّمِيمِ وَلَا الشَّيْخِ الكَبِيرِ» فَإِنَّ كان النقص يضر كَالجنون، والجذام، أو يؤدى إلى نقض الوطء؛ كالعيوب المثبتة للخيار - بطل الكفاءة[٢]، وكان لها رد النكاح، وإلا فلا.

الوصف الخامس:

المال: وفى الجواهر: العجز عن حقوقها يوجب مقالها، وكذلك القدرة على الحقوق، لكنه يؤذيها فى مالها وأما غير ذلك فظاهر الكتاب: لها مقال لقوله - عليه السلام -: «مَالُ الرَّجُلِ حَسَبُهُ»[٣] وقيل: لا؛ لعدم المعرة.

وروى عن ابن القاسم: إذا خالف الولى المرأة فى خاطب، أمره السلطان بتزويجها منه إن كافأها فى القدر والحال والمال، إن رأى منعه عضلا، فإن أبى زوجها منه السلطان.

قال عبد الملك: على هذا القول أجمع أصحاب مالك.

تنبيه: قال: الكفاءة: حقها، وحق الأولياء، فإذا اتفقت معهم على تركها، جاز، وقاله الأئمة؛ لتزويجه - عليه السلام - ابنته لعلى - رضى الله عنه -.

والفرق بين أبيها، وأبيه معلوم، ولا مكافئ له فى الثقلين[٤].

وتزوج سلمان، وبلال، وصهيب، وغيرهم من الموالى والعجم العربيات العليات، ولم ينكر ذلك عليهم، فكان إجماعا، ولم يخالف فى ذلك إلا الإمامية[٥].

---

(١) فى ط: وحملنا وفعلنا.

(٢) فى ط: أبطل الله الكفاءة.

(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٣٥) من حديث بريرة بلفظ «إن أحساب أهل الدنيا هذا المال»، وبلفظ «الحسب والمال والكرم التقوى»: أخرجه الترمذى فى المصدر السابق (٣٢٧١)، وابن ماجه (٢/ ١٤١٠) كتاب الزهد: باب الورع والتقوى (٤٢١٩)، وأخرجه الحاكم (٢/ ١٦٣) وأقره الذهبى. وأحمد فى المسند (٥/ ١٠) فى مسند سمرة بن جندب - رضى الله عنه - والدارقطنى (٣/ ٣٠٢) كتاب النكاح: باب المهر (٢٠٨)، وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٣٦) كتاب النكاح: باب اعتبار اليسار من الكفاءة.

(٤) فى أ: التلقين.

(٥) فى أ: الأمية.

فرع: قال فى الكتاب: إذا رضى الولى بعبد، ومن ليس بكفء، فزوجه، ثم طلق، فامتنع الولى منه بعد ذلك - لم يسمع منه، ويؤاخذ باعترافه أولا أنه زواج(1) مصلحة، إلا أن يظهر على خلاف ما علمه منه أولا.

تفريع: قال اللخمى: العربى كفء للشريفة فإنه لا يشينها وأما البربرى والمولى، فكفء إن كانت فقيرة؛ لأن النسب ساقط مع الفقر عادة، وأما الغنية فإن كانت عادة بلدها عدم المعرة بذلك، وإنما هو من باب الأولى، زوجت، وإلا فالقول قول الممتنع من الأب، وابنته، وأما العبد فمعرة للغنية، والفقيرة، فإن اجتمع عليه الأب والابنة ولا عصبة لها، زوجت إن كانت رشيدة بكرا، أو ثيبا، فإن كانت سفيهة، ولها عصبة قريبة، فلهم منعها؛ دفعا للمعرة، وينظر فى هذا الباب إلى عادة أهل كل بلد، فيحملون عليها.

الفصل الثانى: فى الولاية:

وهى عندنا، وعند الأئمة، شرط إلا (ح) فى الرشيدة، محتجا بقوله - تعالى -: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] وقوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فأضافه سبحانه إليها دون الولى.

وقوله - عليه السلام -: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا»(2).

وقياسا لبضعها على مالها.

والجواب عن الأول والثانى قد تقدم فى عقد المرأة على نفسها.

وعن الثالث: أنه قد روى: «الثيب»(3) فتكون هى المرادة؛ جمعا بين الروايتين، وهى - عندنا - لا تجبر، بل لفظة «أحق»: صيغة تفضيل تقتضى المشاركة فى أصل

---

(1) فى ط: أن زواجه.

(2) هو من حديث عبد الله بن عباس أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧) كتاب النكاح: باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت (٦٦/ ١٤٢١)، وأبو داود (٢/ ٢٣٢) كتاب النكاح: باب فى الثيب (٢٠٩٨)، والترمذى (٣/ ٤١٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب (١١٠٨)، والنسائى (٦/ ٨٤) كتاب النكاح: باب استئذان البكر فى نفسها وابن ماجه (١/ ٦٠١) كتاب النكاح: باب استئمار البكر والثيب (١٨٧٠)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٢٤) كتاب النكاح: باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما (٤).

(3) من طريق عبد الله بن الفضل: أخرجه أبو داود (١/ ٦٣٨) كتاب النكاح: باب فى الثيب (٢٠٩٩).

الحق، فمنها: الإذن فى نفسها ومنها العقد، وفعله موقوف على فعلها وهى أتم.

وعن الرابع: الفرق بلزوم المعرة على الأبد للولى ولها بوضعها نفسها فى غير كفء بسبب غلبة شهوتها على عقلها، بخلاف المال.

وإذا قلنا باشتراطها، فهل يكفى أى ولى كان أو لابد من تقديم الخاصة على مراتبها على الولاية العامة؟

قال صاحب المفهم: قولان لمالك:

ثم هى - على المذهب - قسمان: خاصة: للقرابة والولاء والملك.

وعامة: للإسلام وفيها أبحاث:

البحث الأول: فى الأسباب المفيدة لها، وهى تسعة.

السبب الأول: **الأبوة**: وهى أعظمها؛ لأن مزيد شفقة الأب على القرابات يوجب من سداد النظر ما لا يهتدى إليه غيره غالبا، لا جرم اختص الإجبار به؛ لأحد[(١)] علتين: الصغر، أو البكارة، فيجبر الصغيرة، وإن كانت ثيبا، والبكر، وإن كانت بالغا.

وبالإجبار قال (ش)، وابن حنبل، خلافا لـ (ح) وجوز للولى تزويج الصغير، والصغيرة، كان أبا، أو غيره، ولا خيار لهما بعد البلوغ إن كان العاقد أبا، أو جدا؛ لمزيد شفقتهما ولهما الخيار بعد البلوغ مع غيرهما، ولا تجبر الثيب البالغ عندنا؛ لعدم العلتين، وفى البكر المعنسة روايتان، نظرًا للبكارة، وعدم مباشرة الوطء، أو يقال: طول عمرها يفيدها بالسماع ما يحصل منه[(٢)] الاستمتاع.

وفى الجواهر: قال [ابن القاسم][(٣)]: سنها أربعون.

وروى ابن وهب: ثلاثون.

وفى المنتقى: خمسة وأربعون، ونقل غيره: خمسون.

وحيث قلنا بالإجبار، فيستحب الاستئذان، جمعا بين المصالح.

وفى المنتقى: لا يلحق الجد بالأب عندنا، خلافا لـ (ش) لأن الأب يحجبه فى الميراث فلا يجبر، قياسا على الأخ.

---

(١) فى ط: بأحد.

(٢) فى ط: من.

(٣) سقط فى أ.

تفريع:

فى الكتاب: يجوز تزويج الصغيرة بأقل من مهر المثل على وجه النظر، وإذا طلقت البكر قبل البناء، أو مات عنها، فولايته على حالها، فإن بنى بها؛ انتفى الإجبار، وتسكن حيث شاءت إلا أن يخشى سوء حالها، فيمنعها الأب، وغيره من الأولياء.

والزنا لا يسقط الإجبار.

خلافا لـ (ش) لأنه يوجب مزيد الحياء المانع من التصريح بمصالح النكاح، وبخلاف التزويج الحرام للحوق الولد، وسقوط الحد، فآثار التزويج موجودة.

وفى المقدمات: إذا زنت، أو غصبت، قيل: كالبكر مطلقا.

وقيل كالثيب مطلقا.

وقيل كالبكر فى الاكتفاء بالصمت.

وكالثيب فى اشتراط الرضا.

قال ابن يونس: قال عبد الوهاب: ألزمت فى المناظرة إذا تكرر منها الزنا حتى تجاهر به، فالتزمت التسوية.

وفى الكتاب: إن دخل بها، ثم فارقها قبل المسيس، سقط الإجبار؛ لمعرفتها بمصالح النكاح بسبب الخلطة إن كان ذلك سنة، ونحوها، والقرب ملغى، وإن تنازعا فى الوطء. نظرا إلى قرب المدة وبعيدها.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: للأب تزويجها بربع دينار، وصداق مثلها ألف دينار من فقير، وضرير، وعلى ضرة، وغير الكفء إلا مجنونا مخوفا، أو أبرصا قبيحا، أو مجذوما مقطعا، ففى هذه الثلاثة لها مقال، يسقط ولايته عنها قاله[١] مالك.

ولو رجعت ثيبا بالنكاح قبل البلوغ ثبت الجبر؛ لعلة الصغر عند ابن القاسم، خلافا لـ (ش) وقال سحنون: يجبرها، وإن حاضت؛ لأن البلوغ لا يسقط الإجبار؛ بدليل البكر وروى فى الطول المزيل للإجبار: لا يحد بسنة بل بالعادة.

وفى الجواهر: لا أثر للتنويه[٢] بزوال البكارة بالسقطة، ونحوها.

---

(١) فى ط: قال.

(٢) فى ط: للتسوية.

فرع: قال: إذا التمست الثيب البالغ التزويج، وجبت الإجابة، وأن يثبت[١] الإجبار، ولا يكون الأب عاضلا برد خاطبين فى ابنته البكر، وغيره عاضلا برد الكفء الذى تعينه المالكة لأمرها أولى مما عينه الولى.

تفريع:

فى التلقين: للأب إنكاح صغير الذكور، وكذلك الوصى، والحاكم.

وقال اللخمى: وأما الذكران فللأب إجبار الصغير، وقاله (ح) خلافا لـ (ش) ؛ عملا بما يظن فى شفقة الأبوة من تحصيل المصالح وأجاز[٢] فى الكتاب تزويج الكبير استقلالا ومنعه فى كتاب محمد؛ لأن الغالب عليه الرشد إذا بلغ بتصرفه لنفسه أولا.

وقال - أيضا -: له ذلك إذا زوجه من ذات شرف وابنة عم، وأجاز ابن القاسم إجبار البالغ السفيه قال: ومنعه عبد الملك، استحب مالك عدم تزويج المغلوب على عقله؛ لعدم انتفاعه به.

وللسفيه أربع حالات:

إن خشى الفساد وأمن الطلاق وجب الإنكاح.

وإن أمن الفساد والطلاق، أبيح إلا أن يدعو إليه فيجب.

وإن خشى الطلاق، وأمن الفساد؛ حرم، لما فيه من تضييع المال، دعا إلى ذلك أم لا، إلا أن يكون الصداق يسيرا.

وإن خشى الفساد، وقدر على حفظه، فعل، ولم يزوج، وإن عجز زوجه بعد التربص.

وأما المجنون إن لم يفق؛ لم ينفذ طلاقه، وإن خشى فساده؛ زوج، وإلا فلا.

فرع: قال صاحب البيان: إذا زوج ابنه الكبير غائبا عنه ذاكرا أنه بأمره، فقدم، فأنكر.

قال ابن القاسم: يحلف، ولا صداق على الأب.

فإن مات قبل القدوم وعلم رضا ورثته، ولم يذكر اليمين فى المدونة.

قال: وهو الصواب؛ لأن النكول لا يوجب حكما.

---

(١) فى ط: ثبت.

(٢) فى ط: واختار.

وقال ربيعة: يلزمه نصف الصداق، وإن لم يضمنه.

وقال محمد: لا يلزمه إلا أن يضمنه.

والخلاف مبنى على أنه يفسخ بطلاق أم لا؟

فرع: قال: إذا زوجها غير أبيها، فيقدم، فيعترف بالوكالة:

قال أشهب: لا يصدق إلا فيمن لا يزوجها غير الأب؛ لفساد[1] العقد فى البكر؛ لعدم الأب.

فرع: قال: إذا مات الأب، فادعت أنها يتيمة عنده ليست ابنته، ولا بينة للزوج بتعيينها، وإنما سمع من الأب أن له ابنة:

قال ابن القاسم: لا يلتفت إلى قولها.

وقال سحنون: بل البينة على من ادعى، واليمين على المنكر.

فرع: قال ابن يونس: قال محمد: إذا اشترط على الصغير شروط، فأجازها وليه، أو زوجه وليه بها - سقطت؛ لأن ذمته لا تقبل إلا أن يلتزمها بعد البلوغ.

قال ابن القاسم: فإن علم بها قبل الدخول، خير فى الدخول والفسخ، فإن دخله لزمته؛ لأن ذلك رضا، وإن علم وكره خير بينها، وبين الطلاق مع نصف الصداق.

وقال: إن علم قبل الدخول خير فى الدخول والفسخ، ويسقط الصداق عنه وعن أبيه، إن اختار الفسخ إلا أن يكون يوم زواجه لا مال له.

قال محمد: وهذا أحب إلينا إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط، فيثبت النكاح على ما أحب الزوج، أو كره.

قال محمد: وإن لم يرده الولى حتى كبر، مضى.

فرع: قال صاحب البيان: إذا صرح بعدم النفقة من مال السفيه، أو اليتيم حتى البلوغ، أو الرشد - فسد العقد اتفاقا، ولو صرح بثبوتها فى ماليهما لجاز اتفاقا، فإن أهمل فقولان لمالك وأكثر أصحابه، نظرا إلى حمل تصرف العاقل على الصحة حتى يدل الدليل على البطلان، وهو القاعدة المشهورة، أو البيان شرط، ولم يوجد.

وعلى القول بالفساد إذا دخل:

قال ابن القاسم: صح، والنفقة على [الزوجة، ولها صداق مثلها، ولو كان الزوج

---

(١) فى أ: والفساد.

كبيرا واشترط النفقة على][1] غيره:

قال مالك: يفسخ قبل البناء إلا أن ترضى المرأة بالنفقة على الزوج، ويثبت بعد البناء والنفقة على الزوج.

فرع: فى الجلاب: إذا زوجه أبوه، ولا مال له فالصداق على الأب لا ينتقل إلى الابن لعسره؛ لأن قرينة الإعسار مع مزيد شفقة الأبوة تقتضى التزام ذلك فى ذمة الأب [وإن كان له مال][2]، فالصداق عليه، ولا ينتقل للأب؛ لعسره؛ لأن الأصل وجوب العوض على مستوفى المعوض.

فإن أيسر الابن عند العقد، وأعسر عند الدخول فهو دين عليه.

قال الأبهرى: فإن امتنعت المرأة من التسليم حينئذ لا يلزمها إلابعد أخذ الصداق، فإن شرطه الأب على نفسه فى الصغير، أو السفيه، لزمه مطلقا.

فرع: فى الكتاب: إذا بلغ الغلام ذهب حيث شاء لا يمنعه أبوه إلا أن يخاف سفها، فإن زوجه، وهو غائب، أو ابنته الثيب فرضيا بفعله، لم يجز؛ لأنهما لو ماتا لم يتوارثا فإن زوجه وهو حاضر ساكت فلما فرغ الأب قال: لم أرض، صدق مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرضا.

قال ابن يونس: فإن نكل لزمه النكاح.

وحكى عن أبى محمد أن اليمين استظهار، ولا يلزمه بالنكول شىء.

وقال غيره: إن نكل طلق عليه، ولزمه نصف الصداق.

قال مالك: فإن رضى بالنكاح، وهو كبير فى عياله، وقال: لا أغرم من المهر شيئًا أردته عليك، لا يكون على واحد منهما، ويفرق بينهما بعد أيمانها.

قال ابن القاسم: إلا أن يكون قد دخل فيبرأ الأب بحلفه، ويغرم الابن، وإن كان عديمًا، إلا أن يكون الابن ممن يلى عليه، فيكون على الأب، إلا أن يكون له مال.

السبب الثانى: فى خلافة[3] الأبوة، وهو الوصى، وهو عندنا كالأب.

وقاله ابن حنبل: إن عين الزوج، ومنع «ش»، و «ح» ولايته فى البضع مطلقًا لأن المعنى الذى أثبت الشرع ولاية القرابة منفى عنه وهو [الشفقة الجبلية والغيرة

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: خلاقة.

الفطرية][1] ولأنه لو كان للأب أن يستخلف فيما له من الولاية حال حياته بعد وفاته لكان له ذلك في الثيب وليس فليس.

والجواب عن الأول: أن شفقة الأب تمنع من استخلاف من لا يوفى بمقاصد إشفاقه، وإذا حصلت مقاصد الإشفاق فهو كمباشرة المشفق.

وعن الثاني: أن الأب فى الثيب كسائر الأولياء فى عدم الجبر، والتحكم عليها فى مصالحها، غايته أنه مقدم على غيره، كتقدمة الأخ على العم، فكما أن تقدمة الأخ لا توجب له نفوذ وصيته، فكذلك الأب فى الثيب بخلاف الصغيرة حقه فيها متمكن بدليل الخبر، فكان الاستخلاف فيه مظهر الفرق، ويؤكده أنه حق للأب فى حياته فيكون له الاستخلاف فيه بعد وفاته كالمال.

وفى الكتاب: للوصى تزويج البكر البالغ برضاها، وإن كره الولى، فإن عقد وليها برضاها، لم يجز إلا أن يرضى الوصى، فإن اختلفوا نظر السلطان ووصى الوصى كالوصى، وإن بعد فى البكر.

وقال يحيى بن سعيد: الوصى أولى من الولى، ويشاور الولى.

قال مالك: والوصى فى الثيب كالولى لاستقلالها بنفسها وليس لأحد تزويجها قبل البلوغ، إلا الأب دون الوصى وغيره وللأب والوصى تزويج الصغير، ويوكلان فى ذلك بخلاف غيرهما.

والمرأة الوصى لا تلى العقد؛ لنقصها عن مرتبة ذلك، لكن توكل رجلًا بعد بلوغ الصبية ورضاها، وقبل ذلك فلا.

قال اللخمى: الإجبار للآباء ولمن أقاموه فى حياتهم، أو بعد وفاتهم إذا عين الأب الزوج، فإن فوضه إليه، فله الإجبار ممن يراه قبل البلوغ، وبعده على المعروف من قول مالك.

ومنع عبد الوهاب إجباره، لاختصاص الأب بمعنى لا يوجد فى غيره من مزيد الشفقة.

وإذا زوج الوصى صغيرة من غير حاجة، فسخ فإن بلغت قبل النظر قيل: فاسد، وإن رضيت به؛ لوقوعه على خلاف المشروع، ويفرق بينهما إلا أن يطول بعد

---

(١) فى ط: الشفقة الجلية والغيرة الطبيعية.

الدخول.

وقيل: جائز، يتعلق به حقها إن أسقطته سقط، وإن ردته بطل، إلا أن يطول بعد الدخول أو يدخل بها عالمة بالخيار.

قال ابن القاسم: ولم يبلغ مالك بهما قطع الميراث، وأرى أن يتوارثا، لإجازة أكثر الناس له.

وفي الجواهر: قال عبد الملك: لا يزوج وصى إلا أن يكون وليًا، إنما هو وكيل فى المال لأن المعنى الذى لأجله أثبت الشرع ولاية القرابة مفقود فيه، وهى الشفقة الجبلية.

قال صاحب التلخيص: إن أوصى من غير بيان، فلا يزوج الإناث قبل البلوغ، ولا بعده دون استئمار على المشهور، وله تزويج الذكور قبل البلوغ، وبعده دون إذن كانت الوصية مطلقة، أو مقيدة(١).

قال صاحب البيان: قال مالك: إذا قال: فلان وصى فقط، أو وصى على بضع بناتى أبكارًا كن أو ثيبًا، فهو بمنزلته فى تزويجهن قبل البلوغ، وبعده، وإن قال: على مالى فالقياس أنه معزول عن(٢) الأبضاع.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا قال الأب للوصى: زوجها من فلان، أو ممن ترضاه أوزوجها فله ذلك قبل البلوغ كالأب.

فإن قال. فلان وصى فقط، أو على بضع بناتى، أو على تزويجهن؛ امتنع قبل البلوغ، وقبل رضاهن.

قال أصبغ: ولو وصاه بزواج فاسق لم يجز؛ لأنه ليس للأب حتى ينتقل للوصى، ولو قال: زوجها من فلان بعد مدة، وفرض صداق مثلها، فذلك لازم إذا طلبه المعين، ويحكم به، ولو كره الوصى، إلا أن يتغير حاله من الجودة إلى الدناءة، فله مقال، وليس لها مقال؛ بسبب أنه صار له زوجات، أو سرارى.

فرع: فى الكتاب: للوصى إنكاح إماء اليتامى، وعبيدهم على وجه النظر.

فرع: قال ابن يونس إذا قال: إن مت من مرضى، فقد زوجت ابنتى من ابن أخى.

---

(١) فى ط: مفسرة.

(٢) فى أ وط: على، والصواب المثبت.

قال سحنون: إن قبل[١] ابن الأخ بالقرب؛ جاز، ومنعه ابن القاسم؛ لأنه نكاح إلى أجل كما لو قال: إن مضت سنة، فقد زوجت ابنتى فلانة، وأجازه أشهب.

قال صاحب البيان: ولا يجرى هذا الخلاف فى قول الرجل فى جاريته المعتقة أشهدكم أنى قد تزوجتها على صداق كذا، وهى غائبة، ولا يفرق فيه بين القرب والبعد؛ لأنه نكاح انعقد على خيار من أصله لاتحاد الولى والزوج، كما لو زوج ابنته الثيب الغائبة، وأعلم الزوج بعدم الإذن بل لا يجوز[٢] هذا وإن رضيت بعد ذلك.

وقد قال ابن القاسم: إن تطاول لا يفسخ مراعاة للخلاف، فإن مات بعد ولادة الأولاد ورثته عند ابن القاسم، وكذلك لو مات بعد الأيام بعد يمينها أنها رضيت قبل الموت.

فرع: قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: الذى يكون فى حجره اليتيم له مال يزوجه لابنته، إن كان سدادًا لليتيم جاز، وإلا فلا، وهو محمول على غير السداد حتى يعلم السداد؛ لأنه متهم.

قال مالك: لا أحب للوصى أن يزوج يتيمته من نفسه، ولا من ابنه.

السبب الثالث: العصوبة، كالبنوة، والجدودة، والعمومة، وأخوة الشقاقة، وأخوة الأب، ولا ولاية لذوى الأرحام، وهم: أخو الأم، وعم الأم، وجد الأم، وأبناء الأخوات، والبنات، والعمات ونحوهم ممن يدلى بأنثى؛ لأن الولاء[٣] شرع لحفظ النسب، فلا يدخل فيها إلا من يكون من أهله، وخالف «ش» فى البنوة، لقوله- عليه السلام -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[٤]. وابنها ليس من مواليها، ولأنه يدلى بها، فلا يزوجها، كتزويجها لنفسها، ولأن أباه لا يلى، فلا يلى كالخال، وابنه.

والجواب عن الأول: أنه روى بغير إذن وليها، وهو وليها؛ لأن الولاية من الولاء، من قولنا: هذا يلى هذا، وابنها يليها أكثر من غيره؛ لأنه جزؤها، فيكون وليها، وهو المراد فى هذه الراوية جمعًا بين الأدلة.

---

(١) فى ط: قيل.
(٢) فى أ: بل يجوز.
(٣) فى ط: الولى.
(٤) تقدم.

وعن الثانى: الفرق بين قوة عقله، ونقص عقلها.

وعن الثالث: أنه جزء منها، فيتعلق به عارها بخلاف أبيه، وابن الخال، ويؤيد قولنا قوله عليه السلام لعمر بن أبى سلمة: «قُمْ فَزَوِّجْ أُمَّكَ»[1]، وزوج أنس بن مالك أمه بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، ولأنه متقدم على العصبات فى الميراث، فيقدم فى النكاح.

تفريع: فى الجواهر: لا تعتبر ولاية العصبة إلا فى البالغة العاقلة الراضية الآذنة بالتصريح إن كانت ثيبًا، أو بالسكوت إن كانت بكرا.

واستحب مالك أن يعرف أن إذنها صماتها احتياطًا فى أمرها.

قال التونسى: يقال لها ثلاث مرات: إن رضيت فاصمتى، وإن كرهت فانطقى؛ لقوله - عليه السلام - فى مسلم: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا»[2].

وهو يدل على أن الثيب إذنها نطقها بمفهومه.

فرع: قال: إذا تقدم العقد على الإذن فأقوال، ثالثها فى الكتاب أن يعقبه الإذن على قرب؛ جاز، وإلا فلا.

قال عبد الوهاب: والصحيح البطلان مطلقًا؛ لفقد الإذن، وهو شرط.

قال صاحب البيان: ويكون الفسخ بطلاق، وهل يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ؟ قولان لمالك.

والمشهور فى رضاها بالقرب الجواز وإنما جاز هذا الخيار؛ لأنه أدى إليه الحكم دون العقد فلو أعلم الولى الزوج بعدم الإذن.

قال مالك: يبطل العقد؛ لدخولهما على الخيار.

وقيل: يجوز؛ لأن الحاضر له مندوحة عن الخيار بخلاف الغائب، وهو أعذر.

فرع: فى البيان: ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهة اتفاقًا، فإن زوجت من غير حاجة، فستة أقوال:

قال ابن حبيب: يفسخ ولو ولدت الأولاد، ورضيت؛ لعدم الشرط.

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند (٦/ ٢٩٥)، وابن سعد فى الطبقات (٨/ ٨٩)، والنسائى (٦/ ٨١)، والطحاوى (٣/ ١١)، والبيهقى (٧/ ١٣١)، وابن الجارود (٢٣٧).

(٢) تقدم.

وقال ابن القاسم: لا يفسخ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣] معناه: ألا تعدلوا فى تزويجهن، وهو دليل جواز العقد عليهن(١) قبل البلوغ؛ لأن من بلغ لا يقال له يتيم.

وقال أصبغ: يفسخ بعد الدخول إلا أن يطول، وتلد الأولاد بخلاف الولد الواحد والسنتين.

وقيل: تخير إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول؛ لأنه حق.

وقال مالك: يكره فإذا وقع لم يفسخ.

وقال أصبغ: إن شارفت الحيض لا يفسخ، وإذا قلنا بالفسخ فطلق الزوج قبله؛ لزمه جميع الصداق بالدخول، والميراث بالموت.

فرع: فى الكتاب: إذا أذنت لولىٍّ(٢) فزوجها من رجل، ففعل، فأقرت بالإذن، وأنكرت أنه زوجها ثبت النكاح إن ادعاه الزوج، وكذلك الوكيل فى بيع سلعة، ولو أذنت له فى قبض الصداق، والعقد، وقبضه، فتلف، فهو كالوكالة على قبض الدين، ثم يتنازع فى القبض، فإذا أقام الزوج، أو الغريم البينة؛ صدق الوكيل فى التلف وإلا ضمنا ولا شىء على الوكيل لتصديقه فى الوكالة، وأما الوكيل على البيع يدعى قبض الثمن، والضياع؛ يصدق لأن الوكالة(٣) على البيع، وكالة فى قبض ثمنه، بخلاف الوكالة على عقد النكاح، ولا يلزم الزوج الدفع إليه فإن فعل؛ ضمن.

فرع: فى البيان: إذا أنكرت الرضا، والعلم، فثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: إن كانت أسبابًا ظاهرة، كالوليمة، ونحوها، حلفت أنها ما علمت أن تلك الأمور لها، ويبطل النكاح وإن نكلت لزمها النكاح، وإلا فلا تحلف، وقيل: لا تحلف مطلقًا؛ لأنها إذا نكلت لا يلزمها النكاح، وقيل: تحلف رجاء الإقرار، فإن حلفت بطل النكاح، وإن نكلت لم يلزمها شىء.

فرع: قال: فإن أذنت لوليها بشروط، وأشهدت عليه فزوجها بدونها.

قال ابن القاسم: تخير فى الفسخ قبل البناء.

---

(١) فى ط: عليهم.
(٢) فى أ: لوليها.
(٣) فى ط: الوكيل.

فرع: فى الكتاب: إذا قالت لوليها: زوجنى ممن أحببت، فزوجها من نفسه، أو من غيره لم يجز حتى تعين[1] له الزوج، ولها الإجازة والرد؛ لأن رضاها شرط، وهو بالمجهول متعذر[2].

قال ابن القاسم: ولو زوجها من غيره صح؛ نظرًا لعموم اللفظ، أو من نفسه، فرضيت؛ جاز وإن لم يكن لها ولى فزوجها القاضى من نفسه، أو من ابنه جاز، وإن كان لها ولى ولم يكن فعل القاضى ضررًا فلا مقال لها.

فرع: فى الجواهر: البلوغ المعتبر فى تزويج العصبة الحيض.

قال ابن حبيب: أو بلوغ ثمانى عشرة سنة وفى الإنبات قولان.

قال ابن حبيب: فإن زوجت به فسخ قبل البناء، وبعده واختاره محمد.

السبب الرابع: الولاء؛ لقوله عليه السلام: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[3].

وفى الجواهر: المولى الأعلى، كالعصبات عند عدمها، فإن كان المعتق امرأة استخلفت رجلًا ولا ولاء للأسفل على الأعلى؛ لأن الولاية سبب تصرف، واستيلاء على المولى عليه ولا يناسب الاستيلاء المنعم عليه، وقيل: له الولاية تسوية بين النسب، والولاء.

قال أبو عمران: وليس بشىء.

فرع: فى الكتاب: من أعتق صغيرًا أو صغيرة؛ لم يجز عقده عليهما حتى يبلغا؛ لأن ولاية الإجبار خاصة بالآباء، والملاك.

السبب الخامس: التولية لقوله عليه السلام: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[4].

وفى الجواهر: إنما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولى، أو غيبته، أو عضله، ولا يزوج اليتيمة حتى تبلغ.

قال الأستاذ أبو بكر: هو الصحيح من المذهب.

(١) فى ط: يعين.
(٢) فى ط: متعد.
(٣) يأتى تخريجه.
(٤) تقدم.

وقال عبد الوهاب: هو أظهر الروايات، والذى عليه الفتيا على أى وجهٍ كانت، وإليه رجع مالك؛ لما يروى عنه عليه السلام: «لَا تُزَوَّجُ الْيَتِيمَةُ حَتَّى تَبْلُغَ»(١)، وروى أن جملة الأولياء يزوجونها، ولها الخيار إذا بلغت.

وروى إن دعتها حاجة، وضرورة ومثلها يوطأ ولها فى النكاح مصلحة، جاز لأن التأخير إنما هو حق لها.

قال أبو الطاهر: ولا خلاف بين المتأخرين فى التى يخشى عليه الفساد أنها تزوج، وإذا فرعنا على المنع.

فروى: يفسخ، وإن بلغت مالم يدخل.

وقيل: ينظر فيه الحاكم وقيل: الخيار لها بعد البلوغ، ومنشأ الخلاف تردد الفائت بين حق الله، وحقها.

السبب السادس: الملك؛ لأن الرقيق مال، وللسيد إصلاح ماله بما يراه من تزويج، وغيره رضى الرقيق، أو كره كسائر وجوه التصرف.

وفى الجواهر: للسيد إجبار العبد، والأمة، ولا تخير لهما وقاله «ح» خلافا لـ (ش) فى العبد.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقياسًا على الأمة بجامع المالية، وقياسًا على الإجارة.

قال ابن يونس: قال مالك: وليس له إضرارها بتزويجها ممن يضر بها.

وفى الجواهر: يزوج أمته الكافرة، ورقيق الطفل الذى تحت نظره بالمصلحة، وأمة المرأة يزوجها وليها.

فرع: فى البيان: إن زوجها أجنبى، وطلقها الزوج قبل العلم، فإنه مفسوخ.

قال مالك، وابن القاسم: إن كان الطلاق ثلاثًا لا تحل له إلا بعد زوج، ومثله فى

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/٢٢٩، ٢٣٠) كتاب النكاح، حديث (٣٥، ٣٦، ٣٧، ٤٠)، والحاكم (٢/١٦٧) كتاب النكاح: باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمروهن. والبيهقى (٧/١٢١) كتاب النكاح: باب ما جاء فى إنكاح اليتيمة، من حديث ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: لا تنكح المرأة اليتيمة إلا بإذنها» لفظ الدارقطنى، وهى رواية للدارقطنى، والبيهقى: «لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن، فإذا سكتن فهو إذنهن». وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبى.

المدونة، وفى الجواهر: لا يجبر من بعضه [رقيق؛ لتعدى التصرف إلى غير الملك ولا يجبر مالك بعضه](١) على تزويجه، وإن منعه ضرارًا تغليبًا لمصلحة المال، ومن فيه عقد من عقود الحرية، فى إجباره أربعة أقوال:

ثالثها: التفرقة بين الذكور، فيجبر؛ ولقدرتهم على الحل بالطلاق دون الإناث، ورابعها: التفرقة بين من يقدر على انتزاع ماله، فيجبر؛ لقوة التصرف ومن لا؛ فلا، والمنع لمالك وابن القاسم.

فرع: فى الكتاب: كره مالك له تزويج أم ولده فإن فعل لم يفسخ؛ لأنه إنما كره لدناءة المروءة، وهو خارج عن العقد.

قال صاحب البيان: كان مالك يقول: له إجبار أم ولده، ثم رجع عنه لقوة الحرية، وعدم المالية.

فرع: فى البيان: إذا تزوج أمة أم ولده لا يكون ذلك انتزاعًا من أم الولد بل إصلاحًا لمالها.

فرع: قال ابن يونس: إذا باشرت الأمة العقد بنفسها؛ لم يجز بإجازة السيد؛ لفساده لعدم الولى، فإن وكلت غيرها، فروايتان:

البطلان؛ لأن السيد يزوج بالملك، وهذا إنما زوج بالتوكيل، فلا يقوم أحدهما مقام الآخر.

وفى الكتاب: الجواز إن أجازه السيد كنكاح العبد بغير إذن سيده.

قال الأبهرى فى شرح المختصر: وروى عن مالك: الأمة، والعبد سواء، فى إجازة السيد إذا باشر العقد كقول (ح).

فرع: قال: فلو اشترى أمة ممن يعلم أنها ليست له، فوطئها حد، ورق ولده لسيدها بخلاف عقد الأمة على نفسها، وأخبرته بحريتها، وهو يعلم كذبها، فلا يرق الولد، ويفسخ العقد، وهذا إذا أشهر على إقراره بزواجها، وأما بعد الإحمال(٢) فلا؛ لأنه يتهم فى إرقاق الولد؛ لتسقط القيمة عنه.

وقال أشهب: إن كان عديمًا أتبع، ولا قيمة فيمن مات قبل ذلك، ولا على الولد الموسر قيمة نفسه، وإن كان الأب عديمًا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) بياض فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا زوج عبده فالمهر فى ذمة العبد لا فى رقبته إلا أن يشترط على السيد؛ لأنه ليس جناية.

وقال ربيعة: إن خطب له، وسمى بعد [الصداق][١] فعلى السيد؛ لقرينة المباشر، وإن أذن له فقط فعلى العبد.

وقال (ش): المهر، والنفقة فى كسبه.

قال مالك: وإذا تزوج عبد، أو مكاتب بغير إذن سيده، ونفذ المهر، وبنى، فللسيد انتزاعه، ويترك لها ربع دينار، فإن أعدمت أتبعت به، فإن أعتق العبد، أو أدى المكاتب أتبعهما إن عراها، وإلا فلا، وإن أبطله السيد، والسلطان قبل العتق، بطل، ولم يلزمه إذا أعتق، وإن لم يعلم السيد حتى أعتق ثبت النكاح، وكل ما لزم ذمة العبد من صداق، أو غيره لا يؤخذ من خراجه، ولا عمل يده، ولا مما فضل فى يده من ذلك لتعلق حق السيد به.

بل فيما أفاده من هبة، أو صدقة، أو وصية، وديون المأذون له فيما فى يديه من كسبه من التجارة؛ لأن السيد سلط عليه بإذنه دون خراجه، وعمل يديه وتصرف فيه السيد بدينه.

وفى الجواهر: النفقة لازمة للعبد فى ذمته كما تقدم فى المهر حرفًا بحرف.

واستحب مالك فى الكتاب اشتراطها عليه بإذن سيده.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترت الحرة زوجها بعد البناء اتبعته بالمهر أو قبلته سقط الفسخ.

وفى الجواهر: إن اشترته بالمهر الذى ضمنه السيد، وظهر من قصد السيد إفساد النكاح؛ لم يصح هذا القصد[٢] وإن لم يظهر؛ صح، وانفسخ النكاح، وبقى ملكًا لها إن كان دخل بها، وإلا عاد لسيده قاله فى الكتاب.

فرع: فى البيان: إذا أعتق السيد[٣] الأمة ولد الزوج رجعت نفقته على أبيه؛ لأنه صار حرًا إلا أن يكون الابن[٤] معدمًا أو لا أب له؛ لأن عتق الصغير لا يسقط النفقة

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الفعل.
(٣) فى ط: سيد.
(٤) فى أ: الأب.

إلا الأب الموسر.

قال: وكذلك إذا طلقها ليس له طرح ولدها من حينه حتى يجد له موضعًا لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فرع: قال صاحب المنتقى: للسيد تزويج أمة العبد من العبد؛ لأنه انتزاع ولا يجوز لأحد أن يتزوج أمته إلا هذا[(١)].

فرع: [فى الكتاب][(٢)]: إذا اشترت الأمة المأذون لها زوجها فرده سيدها فهما على الزوجية، وإذا زوج أمته من عبده، ثم وهبها له؛ لقصد فسخ النكاح، وأن يحللها[(٣)] لنفسها أو لغيره؛ لم يجز ولا يحرم.

وفى النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قبل العبد الهبة انفسخ النكاح، قصد السيد الفسخ أم لا، ولا حجة، إن قال: لم أعلم قصده للفسخ، وإنما يفترق القصد من غيره إذا لم يقبل.

فرع: فى الجواهر: من تزوج أمة رجل بغير إذنه لم يجز، وإن أجازه السيد، ويفسخ، وإن ولدت الأولاد؛ لأنها جناية على مال الغير، وولايته؛ فهو أعظم من التزويج بغير إذن القريب، ولو عتقت قبل العلم فسخ؛ لتمكن الفساد، ولا ينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد وإن لحق به نسب ولدها وكذلك إن اشتراها فى تلك العدة تمييزًا بين الماء الفاسد والصحيح، وكذلك كل وطء فاسد.

فرع: قال: ولا تزوج أمة أو عبد بين رجلين إلا بإذنهما نفيًا للجناية على حق أحدهما، فإن عقده أحدهما للأمة؛ لم يجز بإجازة الآخر وإن دخل بها ويكون المسمى بينهما إن دخل بها وإن نقص عن صداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل إن طلبه، فإن غر العاقد الزوج بقوله: هى ملكى، أو هى حرة، رجع الزوج عليه بما دفعه لشريكه، ويرجع أيضًا عليه بما دفعه إليه، إلا نصف ربع دينار.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا تزوج بإذن أحدهما فللآخر فسخ نكاحه، ويأخذ من المرأة جميع الصداق، ويكون بيد العبد مع ماله إلا أن يتفقا على

---

(١) فى ط: هذه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: وأن يجعلها.

قسمته[1]، ولا يترك لها منه ربع دينار إن كانت عالمة، فإذا اقتسما أخذت من الآخر حصته من الصداق، ولو غرها الآخر ولم يعلمها؛ رجعت بمثل الصداق عليه، ولو استهلكته اتبعها غير الآذن بجميعه، واتبعت هى الآذن بمثله، ولها اتباع العبد بجميع ما أخذ منه إلا أن يسقط غير الآذن.

قال: وقوله كله كقول ابن القاسم إلا قوله: لا يترك لها ربع دينار.

ففى الكتاب: يترك لها ذلك.

قال صاحب النكت: إذا زوج أحد الشريكين الأمة بغير إذن الآخر، فأجاز بعد البناء؛ فله نصف التسمية نقص على صداق المثل، أو زاد؛ لأن إجازته رضا به، ولا بد من الفسخ، وإن لم يجز، فلا ينقص عن نصف صداق المثل.

قال بعض القرويين: ويتخير بين أخذ نصف الصداق من الشريك القابض بجملة الصداق، أو الزوج، ويرجع الزوج على الشريك المزوج، ولا يترك له ربع دينار؛ لأن ما أخذ الشريك الآخر فيه ربع دينار.

وقال أبو الحسن وغيره: يترك للعاقد نصف ربع دينار، وهذا كله إذا غره، وقال: هى ملكى وحدى، أو هى حرة، أما إن أعلمه فلا يرجع عليه.

قال اللخمى: إن أجاز غير الآذن على الفور[2] فإن علمت المرأة بالشريك؛ لم يرجع على الزوج[3] بشيء، ويترك الصداق بيد العبد، وإن اقتسماه رجعت على الحاضر بنصيبه، وإن غرها، ولم يعلمها، رجعت عليه، فإن أعدم بيع لها بنصيبه من العبد.

قال أبو الطاهر: إذا رضى الثانى؛ جرى الفسخ على الخلاف فى تزويج الأجنبى الأمة، وهذا أولى؛ لأن له مدخلًا فى العقد، وإن فسخ قبل البناء، فلا صداق، أو بعده للعاقد المسمى، وفى الآخر ثلاثة أقوال:

المثل؛ لأنه تفويت[4] فتتعين القيمة، والمسمى؛ لتقديم قول الزوج عليه، والأكثر؛ لأنه يطالبه بالقيمة، والفرض، وإذا غر الأول الزوج ففى رجوعه ثلاثة

(١) فى ط: تسميته.
(٢) فى ط: القرب.
(٣) فى أ: المزوج.
(٤) فى أ: لأنه بقرية.

أقوال، بما وزن، أو به إلا ربع دينار، أو بالزائد على المسمى.

فرع: فى الكتاب: لا يطلق السيد على عبده إذا عقد بإذنه.

وفى الجلاب: لا يمنعه الرجعة لاستلزام الإذن الأول تمكين العبد من أحكام النكاح.

تفريع: فى الجواهر: لا يبطل استخدام الرقيق باالزواج استبقاء لحق الملك، وعقد النكاح إنما يتناول إباحة الوطء بالعقد[1] الأول، ويحرم الاستمتاع على السيد؛ لئلا تختلط الأنساب، وليس على السيد أن ينزلها معه بيتًا إلا أن يشترطه، أو يكون عرفًا، قاله فى الكتاب.

وحق السيد آكد بدليل رق الولد، وقاله (ح)، وأوجبه (ش) ليلا، وروىَ عبد الملك ترسل إليه ليلة بعد ثلاث؛ لأنه وقت الضرورة غالبًا ويأتيها فى غير ذلك، وللسيد المسافرة بها، ولا يمنع الزوج من الخروج معها، وإن بيعت بموضع لا يصل إليها فله طلبها.

وفى لزوم النفقة روايات: ثالثها: إن بوئت معه بيتًا؛ لزمته، وإلا فلا، وقاله (ح).

ورابعها: إن باتت عنده، وكانت عند أهلها نهارًا لزمه، وإلا فلا.

وقال عبد الملك: ينفق عليها زمن تأتيه دون غيره، ومنشأ الخلاف تغليب الملك، فيسقط، أو يلاحظ الاستمتاع، وهو سبب النفقة فى الحرائر، وحيث قلنا فى النفقة يسافر بها السيد سقط كنشوز الحرة.

فرع: قال: ومهر الأمة من جملة مالها ما لم ينتزعه، ولو قتلها أجنبى، أو السيد، أو ماتت لم يسقط؛ لوجود سببه.

قال: وإذا باعها لم ينفسخ النكاح؛ لأن البيع ينقل الأعيان على ما هى عليه من نقص، وكمال، ويسلم المهر للبائع كمالها إلا أن يشترطه المبتاع، وحيث لم يشترط، فليس للبائع حبسها لتسليم الصداق؛ لأنه لم يبق له فيها تصرف، ولا للمشترى؛ لأن المهر ليس له، فيستفيد الزوج بالبيع سقوط المنع؛ لأجل الصداق.

فرع: قال: فلو زوج عبده من أمته؛ فلا بد من الصداق؛ لأنه حق الله - تعالى - فقط.

---

(١) فى أ: بالقصد.

فرع: [١] قال: فلو أعتق أمته على أن يتزوج بها لم يلزمها الوفاء، أو أعتقت بعدها على ذلك عتق، ولم يلزمه.

فرع: فى الكتاب: لو زوجها السيد تفويضًا، فعرض لها الزوج بعد العتق؛ فهو لها وللسيد أخذ صداق الأمة إلا ربع دينار؛ لأنه حق الله - تعالى -.

السبب السابع، والثامن: الكفالة، والالتقاط.

قال أبو الطاهر: قيل: لا ولاية لهما؛ لعدم القرابة، وقيل: لهما؛ لأن الكفالة، والالتقاط يتضمنان حسن النظر.

والخلاف جار فى سائر التصرفات هل تقومان مقام الوصى أم لا؟

السبب التاسع: الإسلام وهى الولاية العامة؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وفى الكتاب: إذا وكلت الدنية، كالمعتقة، والمسكينة أجنبيًا فى بلد ليس فيه سلطان، أو فيه، لكن يعسر وصولها إليه، ولا ولى لها؛ جاز، [ومَنْ أسلمت على يديه، أو أبوها][٢] لا يصير بذلك أولى من غيره وكذلك الكافل فى الدنية، ولو وكلت ذات القدر غير وليها، فزوجها فرضى الولى.

توقف فيه مالك.

وروى ابن وهب يفرق بينهما بطلقة؛ وإن دخل بها إلا أن يجيز الولى أو السلطان، إن لم يكن لها ولى.

وقال ابن القاسم: إن أجاز الولى بالقرب جاز، وإن فسخه بالقرب انفسخ، أما بعد الطول والأولاد فلا إن كان صوابًا.

قاله مالك، وقال غيره: لا يجوز، وإن أجازه الولى.

قال اللخمى: فيه خمسة أقوال:

الثلاثة المتقدمة، وروى إمضاؤه بالعقد.

وقال القاضى إسماعيل: الذى يأتى على مذهب مالك أن الدخول فوت.

وفى السلمانية يفسخ، ولو ولدت الأولاد، ولم يختلف المذهب أن ولاية الإسلام صحيحة، وأن للولى منع موليته من الوقوع فى المعرة، ومنشأ الخلاف هل

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: وإن أسلمت على يديه أو أبيها.

تقديم الولى الخاص على العام حق الله تعالى؟ فلا تفيد الإجازة أو له فتفيد إجازته؟ على التقديرين فهل ذلك واجب، أو مستحب.

فرع: فلو وكلت أجنبيًا فزوجها ولها وليان أقرب وأبعد، فأجازه الأبعد، ورده الأقرب رد.

بخلاف عقد الأبعد مع وجود الأقرب أنه لا يرد؛ لأنه نكاح عقده ولى، وههنا أجنبى فإن غاب الأقرب، وأراد الأبعد فسخه؛ بعث إليه السلطان، وانتظره إن كانت الغيبة قريبة، وإلا فالسلطان يقوم مقامه فى الرد، والإجازة، وهو أولى من البعيد؛ لأنه وكيل الغائب.

وفى الجواهر: إذا زوج بالولاية العامة مع الخاصة الإجبارية؛ كالأب، والسيد فسخ على كل حال، وليس للأب، والسيد إجازته؛ لقوة ولاية الإجبار لله - تعالى - نظرًا للمولى عليه.

وروى فى السيد الإجازة؛ تغليبًا لحقه بسبب المالية، وعنه: رواية فى الدنية لا تجوز بالولاية العامة مع الخاصة، فإن لم تكن ولاية خاصة إلا ولاية الحكم منع الولاية العامة، ولو فى الدنية؛ لئلا تضيع الفروج، وجوزه مالك(١) فى البادية، إذا كان صوابًا؛ لأنه ليس كل امرأة تصل إلى السلطان.

وروى ابن القاسم جوازه فى الدنية وأنكره عبد الملك إلا الذى قاله ابن القاسم فى العجمية الوغدة تستند إلى الرجل فيصير لها ناظرًا فى مصالحها كمولاته، ثم حيث قلنا بالفسخ، فلا عقوبة عليهما قبل الدخول، والفسخ بطلقة بائنة.

فرع: قال اللخمى: إذا طلق الزوج قبل الإجازة وقع الطلاق، ويتوارثان، وينفذ الخلع بالمال.

وقال محمد: إن مات، ورثته، أو ماتت كان للولى منعه من الميراث، وهو يفسخ على القول بأنه له الرد، وإن كان صوابًا.

البحث الثانى: فى موانعها وهى سبعة:

المانع الأول: اختلاف الدين؛ لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]

---

(١) فى ط: مرة.

وقوله: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] مفهومه لا يلى أحد الفريقين على الآخر، وقاله الأئمة.

وفى الكتاب: لا يعقد النصرانى لمسلمة ويعقد لوليته النصرانية من مسلم إن شاء ولا يعقده وليها المسلم إلا التى ليست من نساء [أهل][1] الجزية قد أعتقها مسلم، ولا يعقد المرتد فإن عقد هو، أو نصرانى؛ فسخ بعد الدخول، ولها المهر بالمسيس.

قال ابن يونس: فإن كانت المعتقة من نساء الجزية لا يزوجها مسلم من مسلم، ولا غيره فإن زوجها من مسلم، فسخ نكاحه؛ لعدم الولى، أو من نصرانى، لم يفسخ؛ لكونه بين نصرانيين، فلا يتعرض لهما.

قال أصبغ: إذا زوج المسلم النصرانية من مسلم لم أفسخه؛ لأنه أفضل من النصرانى.

قال صاحب البيان: إن كانت من أهل الصلح لم يجز لوليها المسلم تزويجها، وإلا فله ذلك، كان عليها جزية، أو لم تكن. قاله مالك، والمنع مطلقًا لابن القاسم، والجواز مطلقًا إلا أن يكون لها ولى من أهل الصلح، فلهم منعه؛ لأنه حق عندهم.

قال ابن كنانة: لا خلاف فى المسألة، بل إن كانت الكافرة ذات جزية منع، كانت من أهل الصلح أم لا وإلا زوجها.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: والنصرانية لا ولى لها، تولى مسلمًا لا يعقد، وللمسلم تزويج أمته النصرانية من نصرانى؛ لأنه من باب تنمية المال لا من باب معاقدة الأديان.

قال فى العتبية: ولا يستخلف النصرانى من يزوج، ولا يطلب رضاه إلا أن يكون وصيًا لمسلم، وأجازه الإمام، فله استخلاف مسلم.

وفى الجواهر: قيل: لا يجوز العقد لمسلم على نصرانية إلا من مسلم.

فرع: قال ابن القاسم: إذا تزوج الحربى ذمية، أو الذمى حربية؛ فالولد تبع للأب فى العقد، وعدمه؛ لأنهما من آثار الدين، والولد تابع لأبيه فى الدين.

وفى الكتاب: تبع للأم فى الرق، والحرية.

---

(١) سقط فى ط.

وقال ابن دينار: تبع لذى العقد منهما، ولا خلاف أن ولد الحر من الأمة رقيق لسيد الأمة.

المانع الثانى: الرق؛ لأنه فرع الكفر، ولأن الولاية منصب، واستيلاء، فلا تثبت مع الرق؛ كالشهادة، والمناصب العلية، وقاله (ح) وابن حنبل(١).

وفى الجواهر: لا يعتبر فى القبول لنفسه؛ لأنه لا يتضرر(٢) لنفسه ولا فى الوكالة لغيره؛ لأن سلطنة(٣) الموكل عليه بخلاف الولاية الأصلية.

وفى الكتاب: العبد، والمكاتب، والمدبر، والمعتق بعضه يفسخ ما عقدوه، ولو بعد الدخول، ولها المهر بالمسيس، فلو كانت الابنة حرة، فأراد الأولياء الإجازة لم يجز؛ لعدم الولى.

والعبد إذا استخلفه حر، فليوكل غيره على العقد، وللمكاتب إنكاح إمائه؛ ابتغاء الفضل، وإن كره السيد؛ لأنه ينمى ماله، ولغير ابتغاء الفضل بغير إذن السيد، وله رده، ولا يتزوج إلا بإذن سيده.

قال ابن يونس: ولا ميراث فيما عقده العبد، والمرأة وإن فسخ بطلاق؛ لضعف الاختلاف فيه.

قال ابن القاسم: إن جهل العبد، فاستخلف على عقد ابنته الحرة؛ فسخ قبل الدخول.

المانع الثالث: ما يقدح فى النظر كالصبا، والجنون، وقاله الأئمة.

وفى الجواهر: تنتقل الولاية للأبعد؛ لأن الشرع إنما يقر فى كل ولاية من يقوم لمصالحها.

المانع الرابع: السفه، ففى الجواهر: قال ابن القاسم: لا يمنع بل يعقد على ابنته بإذن وليه؛ لأن شفقة طبعه لا تحترم بتبذيره.

وقال ابن وهب: يمنع، وتنقل الولاية لوليه، وقال (ش)(٤): لأن من لا يؤتمن على نفسه أولى ألا يؤتمن على غيره.

---

(١) فى أ: وابن حبيب.
(٢) فى أ: لا يتصور.
(٣) فى أ: سلطة.
(٤) بياض فى أ.

وقال أشهب: إذا لم يول عليه، وهو ذو رأى عقد.

تفريع: قال: إن عقد لابنته.

قال ابن وهب: لوليه إجازته، ورده فإن لم يكن له ولى؛ مضى عقده إن كان صوابًا وكذلك أخته.

قال محمد: قوله صحيح إلا قوله: إن لم يكن عليه ولى، فيجوز بل يبطل من الجميع غير الصواب.

قال اللخمى: إن كان ذا عقل، ودين غير أنه غير ممسك لماله جبر ابنته قبل البلوغ؛ لأن الوجه الذى عجز عنه غير الذى طلب منه، ويستحب مطالعة الوصى، وإن نقص تمييزه نظر الولى، ولا يزوج إلا بعد البلوغ، والاستئذان كاليتيمة، ويعقد الأب إلا أن يعدم العقل.

قال صاحب البيان: إذا زوج السفيه المولى عليه الذى لا رأى له ابنته البكر، أو أخته، أو مولاته، أو أمته؛ فسخ، وقيل ينظر فيه فإن كان المولى عليه ذا رأى؛ فعليه القول بقوله، أو زوج غير المولى عليه الذى لا رأى له ابنته البكر نظر فيه، أو أخته مضى إلا أن يكون غير صواب، أو أمته جرى على الخلاف فى تصرفه فى ماله.

ولا يجوز للمولى عليه الذى لا رأى له نكاح، ولا خلاف أن السفيه لا يزوج ابنته البكر قبل البلوغ، واختلف: هل لوصيه تزويج بناته الأبكار بعد بلوغهن، وأما أخواته، وعماته، ومولاته، فلا يزوجهن، فإن فعل مضى.

وقال أصبغ: الأولياء أحق منه، وله ذلك، ومنعه سحنون.

المانع الخامس: الفسق

وفى الجواهر: المشهور عدم منعه، وقاله (ش) ؛ لأن حميته تمنع إيقاع وليته فى الدنيات، وقيل: يمنع، وقاله ابن حنبل؛ لأنه غير مأمون على نفسه فأولى على غيره.

المانع السادس: غيبة الولى

قال اللخمى: قال فى الكتاب: إذا كان بعيد الغيبة نظر السلطان، وقاله الأئمة؛ تحصيلًا لمصلحة النكاح، وقيل: لا ينظر حتى يقدم الولى؛ حفظًا لحق الولاية، فإن غاب الأقرب، وحضر الأبعد، قيل: حق الغائب قائم، والسلطان وكيله بخلاف الميت؛ لعدم قبوله للوكالة، وقيل: ينتقل للحاضر؛ صونًا لمصلحة الولية، وإذا

غاب الأب عن البكر، ولم تدع للزواج؛ لا تزوج إن كانت فى صيانة وإن دعيت ولم يكن له نفقة، وهى محتاجة زوجت، وإن كانت نفقته جارية عليها وهو أسير، أو فقير زوجت؛ لتعذر قدومه، فإن علمت حياته، وليس أسيرًا فظاهر الكتاب تزوج.

وقال فى كتاب محمد: لا تزوج؛ خشية من النكاح بغير ولى.

قال صاحب البيان: إذا كانت غيبة الأب عشرة أيام، ونحوها، فلا خلاف فى المنع، فإن زوجت، فسخ، أو بعيدة، نحو إفريقيا من مصر فأربعة أقوال:

الإمام يزوجها إذا دعت لذلك فإن[1] كانت نفقته جارية، ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذى ذهب إليه، قاله مالك فى المدونة، وأخذ من قوله فى المدونة من لا يريد المقام بتلك البلدة التى ذهب إليها لا يزوج السلطان ابنته.

القول الثانى والثالث:

لا تزوج إلا أن يستوطن العشرين سنة وييأس من رجعته قاله ابن حبيب.

وقال مالك أيضًا: يمنع أبدًا؛ إلا إن كان أسيرًا أو فقيدًا فلا خلاف أن الإمام يزوجها إذا دعت لذلك، وإن كانت فى نفقته، وأمن عليها.

المانع السابع: الإحرام: وهو يسلب عبادة المحرم فى النكاح، والإنكاح، وقد تقدم تقريره فى الحج.

البحث الثالث: فى ترتيب الأولياء.

قاعدة: إنما يقدم الشرع فى كل ولاية من هو أقوم بمصالحها، فللقضاء العارف بالفقه، وأحوال الخصوم، والبينات، وللحروب من هو أعلم بمكائدها، وسياسة جيوشها، ولا يقدم هذا للقضاء ولا الأول للحروب، وكذلك سائر [الأولياء و][2] الولايات، ورب كامل فى ولاية ناقص فى أخرى؛ كالنساء ناقصات فى الحروب كاملات فى الحضانة؛ لمزيد شفقتهن وصبرهن، فيقدمن على الرجال، فكذلك ههنا إذا اجتمع الأولياء، يقدم من وصفه أقرب بحسن النظر فى الولية.

قال اللخمى: النسب مقدم على غيره، وأولى النسب: الابن، ثم ابن الابن، ثم الأب، ثم الأخ، ثم ابن الأخ وإن سفل، ثم الجد، ثم العم وإن سفل.

وأسباب التقدم ههنا هى أسباب التقدم فى المواريث، وسوى فى الكتاب بين

---

(١) فى ط: وإن.
(٢) سقط فى ط.

الأخ الشقيق، والأخ لأب[١] نظرًا إلى أن المعتبر إنما هو جهة الأب، والأمومة والإدلاء بها ساقط فى ولاية النكاح، وقد قدم الشقيق فى كتاب ابن حبيب.

وجعل الأمومة مرجحة كالميراث، والخلاف أيضا[٢] فى أبنائهما، وفى العمين أحدهما شقيق، والآخر للأب وفى أبنائهما: كما تقدم.

وإذا لم تكن عمومة، فالرجل من العصبة، ثم من البطن، ثم من العشيرة، ثم المولى الأعلى، ثم الأسفل، ثم ولاية الإسلام.

قال أبو الطاهر: المشهور: تقديم الابن فى الثيب على غيره.

وقيل: يقدم الولى عليه.

فى الجواهر: عن مالك: الأب، ثم الابن؛ نظرا إلى مزيد الشفقة وقاله ابن حنبل، ووافقنا فى بقية الترتيب.

وقدم المغيرة الجد، وأباه على الأخ، وابنه كالميراث، وقاله (ش)، وبقية الترتيب كمذهبنا إلا الابن فإنه عنده لا ولاية له ألبتة.

تمهيد: قدم الأخ على الجد فى ثلاثة أبواب:

النكاح، والصلاة على الجنائز، وميراث الولاء بخلاف ميراث النسب، وسببه: أن الجد يدلى بالأبوة، فيقول، أنا أبو أبيه، والأخ يدلى بالبنوة ويقول: أنا ابن أبيه والبنوة مقدمة على الأبوة فحجب الابن الأب عن جملة المال إلى السدس، فهذه العمدة فى الأبواب الثلاثة.

وأما الميراث؛ فلأن الجد يسقط به أخوة الأم، ولا يقدر الأخ على ذلك، ويرث مع الابن بخلافه، فيقدم عليهِ لذلك، وهذان منفيان فى الولاء؛ لأنه تعصيب محض، فلا مدخل فيه لإخوة الأم حتى يثبت الترجيح بحجتهم، ولا مدخل فيه للفروض فيسقط السدس الذى يرثه مع الابن، فيبقى وصف[٣] البنوة سالما عن المعارض فيقدم الأخ.

قال العبدى: والجد أقوى من الأخ فى ثلاث مسائل.

لا يقطع فى السرقة؛ كالأب.

---

(١) فى ط: لأنه.
(٢) فى ط: والجواب.
(٣) فى ط: نصف.

ولا يحد فى الزنا بجارية ولد ولده.

وتغلظ الدية عليه بقتل(١) العمد بخلاف الأخ فى الثلاثة.

واختلف هل يكون الجد كالأب فى الاعتصار؟

منعه فى الكتاب.

ويحبس فى الدين بخلاف الأب، ولا تجب النفقة له، وهو مثل الأخ فى العفو عن القصاص.

وفى الجواهر: إذا مات المعتق، فعصابته، ثم معتقه، ثم عصابة معتقه القريبون يترتبون كعصابة القرابة.

قال اللخمى: إذا كان ولى النسب بعيدا جدًا، فالمذهب: تقديمه على السلطان.

وقال عبد الملك: السلطان أولى من الرجل من البطن(٢)، ويستحب للمرأة إن لم يكن(٣) لها ولى أن توكل عدلا، فإن استوى أولياؤها فى الدرجة.

ففى الكتاب: ينظر السلطان.

وقال ابن حبيب: بل أفضلهم.

فإن استووا، فأسبقهم، فإن استووا عقد الجميع [العقد.

قال اللخمى: ولو لجميعهم، وإن كان فيهم أفضل كان حسنًا؛ لأن نظر المفضول إلى الفاضل لا يضر](٤).

البحث الرابع: تزويج الأبعد مع وجود الأقرب.

قال فى الكتاب: ينفذ فى الثيب الراضية بذلك وإن أنكر والدها.

والبكر البالغ غير ذات الأب والوصى، ولو أنكر الأقرب إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا ينبغى أن يقدم على الأقرب، ويمضى نكاح ذى الرأى من أهلها مع وجود الأخ، والجد، ويزوج مولاته من نفسه، ومن غيره برضاها، وإن كره الأبعد؛ لقول عمر - رضى الله عنه -: «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذى الرأى، أو السلطان».

---

(١) فى ط: فى قتل.
(٢) فى أ: من النظر.
(٣) فى أ: يكون.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

وذو الرأى[١] من أهل الرجل من العشيرة كابن العم، أو المولى[٢].

وقال ابن نافع: هو الرجل من العصبة.

وقال أكثر الرواة: لا يزوج إلا مع وجود أقرب، فإن فعل نظر السلطان.

وقال آخرون: للأقرب الرد، والإجازة إلا أن يطول، وتلد.

قال اللخمى: قال عبد الملك: للأقرب النظر ما لم يبن.

ومنشأ الخلاف: هل تقدمة الأقرب من باب الأولى، أو متعين، كقيامه بالدم؟ ولا خلاف أن النكاح صحيح، وإنما الخلاف فى تعلق الحق، وهل يسقط ذلك الحق بمعارضة اطلاع الزوج على عورتها أم لا؟

وإن كانت لاقدر لها مضى العقد قولا واحدا.

وفى الكتاب: إذا زوج الأخ بغير إذن الأب؛ لم يجز وإن أجازه.

قال اللخمى: وروى عنه: إجازته مطلقا، وهو مرغوب عنه، لتمكن ولاية الأب.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق أم ولده، وزوجها من نفسه - جاز، وإن كره ولدها[٣].

البحث الخامس: فى تولى طرفى العقد

وفى الجواهر وابن العم، والمعتق، ووكيل المولى، والحاكم يعقد لنفسه بإذنها، ويتحد الزوج، والولى؛ كالبائع، والمشترى فى اشتراء الأب مال ولده، والوكيل مال موكله، وقاله (ح).

قال أبو الطاهر: قيل: لا يجوز، وقاله (ش)، وابن حنبل؛ لأن الإيجاب، والقبول مخاطبة بالقول، ويتعذر مخاطبة الإنسان لنفسه.

والفرق بينه، وبين البيع: تعذر مراجعة الولى للإمام فى المحقرات.

والجواب عن الأول: أن هذا على أصلكم فى اشتراط أعيان الصيغ، ونحن نكتفى بكل صيغة تدل على الرضا بدوام الإباحة، ولا يشترط مخاطبة الجانبين.

وعن الثانى: أن بيع الولى من نفسه نادر، فإن كانت المشاورة متعذرة ففيهما.

---

(١) فى أ: أو ذا الرأى.

(٢) فى أ: الموالى.

(٣) فى أ: وإن كره أنكر ولدها.

وفى الجواهر: يشهد على رضاها، وإذنها؛ خوفا من منازعتها.

قال أبو عمر(١): صيغة العقد: قد تزوجتك على صداق كذا، فتقول: رضيت، أو تسكت إن كانت بكرا.

البحث السادس: فى توكيل الولى، والزوج:

وفى الجواهر: للولى أن يوكل فى العقد على موليته(٢) بعد تعيين الزوج، وللزوج التوكيل فى العقد عنه، ولا يشترط فى الوكيل ما يشترط فى الأولياء، بل يصح بالصبى، والعبد، والنصرانى؛ لأن الوكيل كالخادم للموكل، فلا ينافى منفية الصفات الدينية.

ولأنه إنما يوكله بعد الخبرة بحاله، وسداد تصرفه، بخلاف لو جعل وليا أصليا.

وقيل: يشترط فيه ما يشترط فى الأولياء؛ صونا للعقد عن غير أهله، ويقول الوكيل: زوجت من فلان، ولا يقول: منه، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، كفى إذا نوى موكله.

تفريع: فى الكتاب: إذا زوجه بغير أمره، وضمن الصداق، فرده - بطل، وسقط الصداق عنهما، فإن وكله فى العقد بألف فعقد بألفين، وعلم بذلك قبل البناء، إن رضى بهما، وإلا فرق بطلقة إلا أن ترضى المرأة بألف، فإن التزم الوكيل الزائد، وامتنع الزوج، لم يلزم العقد؛ دفعا للمنة، وإن لم يعلم حتى دخل بها، لم يلزم الزوج غير الألف ولا يلزم الوكيل شىء؛ لأنها صدقته، وإن أقر المأمور بالتعدى [بعد البناء غرم الزائد، والنكاح ثابت، وإن دخل الزوج بعد علمه بالتعدى](٣) لزمه الجميع علمت أم لا؛ لأنه رضى به، وكذلك لو تعدى فى شراء أمة، فوطئها عالما بالزائد.

قال ابن يونس: قال ابن زياد: ويضمن الوكيل نصف الصداق فى المسألة الأولى؛ لأنه فسخ بطلاق، ولو طلق الزوج لزمه نصف الصداق وإن لم يكن على عقد الوكيل بألفين بينة تحلف المرأة: أن العقد بألفين، ثم يحلف الزوج: أنه أمره بألف، وينفسخ النكاح إلا أن ترضى المرأة بألف.

---

(١) فى ط: أبو عمرو.

(٢) فى ط: وليته.

(٣) سقط فى أ.

قال ابن القاسم: ويكون الفسخ بطلاق لأنه حلل فى الصداق.

وقال المغيرة: بغير طلاق، وقول مالك محمول على قيام البينة.

وإن بنى الزوج قبل علمه، حلف على الألف، وعدم علمه حتى بنى، فإن نكل غرم، وإن لم تكن له على ألفين بينة، حلف الزوج - أيضا - إن نكل لم يغرم حتى تحلف المرأة على الألفين فى العقد؛ لأن الزوج أمر بهما، ولها تحليف الرسول أنه أمره بألفين فإن نكل، غرم.

قال أصبغ: وله تحليف الرسول، فإن نكل غرم.

قال محمد: تحليف الرسول غلط، ولو أقر لم يكن بد من يمين الزوج فلما ترك اليمين، فقد ألزم ذلك نفسه.

قال أصبغ: وهذا فيما يشبه أن يكون صداقا، فإن كان دون صداق المثل، وقد بنى، حلف، وبلغ بها المثل إلا أن يكون النقص يسيرا.

قال ابن القاسم: فإن أنكر ما أمر به[(١)] ثم أقر، فإن كان إنكاره ردا وفسخا، لم يجزه بعد، قرب أو بعد، وإلا فله إجازته وإن طال، وإن جهل الحال، بطل العقد، وإن قرب الزمان توارثا؛ استحبابا وثبت حرمة الصهارة رده أو قبله.

قال أصبغ: وذلك كله ما لم يدخل.

فرع: قال صاحب النكت: إذا وكل رجل رجلا على تزويجه ممن أحب، فيزوجه من غير استئذانه - لا يجرى فيه الخلاف حيث قالت المرأة لوليها ذلك.

والفرق: قدرة الرجل على الطلاق.

فرع: فى البيان: قال ابن القاسم: لا يجوز أن يجعل الوكيل جعلا للولى؛ لأنه غرر؛ لاحتمال العزل ولأنه سلف جر نفع حصول غرض الوكيل.

البحث السابع: فيما يجب على الولى:

فى الجواهر: يجب على الأخ الإجابة إذا طلبت كفؤا، فإن كانا أخوين، وجب عليهما، ويسقط بفعل أحدهما[(٢)]، فإن امتنعا، زوج السلطان بعد أن يأمرهما، فيمتنعا؛ نفيا للضرر عن موليته وعلى المجبر تزويج المجنونة[(٣)] إذا خشى فسادها،

(١) فى أ: ما أمرته.

(٢) فى ط: ببعد لأحدهما.

(٣) فى ط: المجبرة.

وكان مصلحة، ولا تجب إجابة الصغير إلى النكاح.

فرع: قال بعض العلماء: إذا خطب من الولى المجبر إحدى ابنتيه، إذا استويا فى الصلاح، والميل للنكاح، يجبرا، أوفى الصلاح دون الميل قدم أميلهما، فإن زاد ميل الصالحة، وخيف من ميل الطالحة:

قال: فيه نظر، وينبغى تقديم الطالحة؛ لما يتوقع من فجورها، والصالحة يزعها صلاحها، وفى مسلم: قال - عليه السلام -: «إِنِّى لَأُعْطِى الرَّجُلَ وَغَيْرُهُ أَحَبُّ إِلَىَّ مِنْهُ خَشْيَةَ أَنْ يَكُبَّهُ اللهُ فِى النَّارِ عَلَى وَجْهِهِ»(١).

وأصل هذا البحث: أن من ولى ولاية النكاح، أو غيره لا يجوز له التصرف بالتشهى إجماعا حيث كانت.

البحث الثامن: فى تزويج الوليين من رجلين:

وفى الكتاب: إذا زوجها هذا من كفء، وهذا من كفء بعد توكيلها لهما فالمعتبر: أولهما إن عرف، إلا أن يدخل بها الآخر، فهو أحق؛ لقضاء عمر - رضى الله عنه - بذلك.

وقال الأئمة: الأول أحق بها مطقًا؛ لما فى أبى داود: قال - عليه السلام -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِىَ لِلأَوَّلِ(٢)»(٣).

وجوابه: حمله على عدم دخول الثانى، ولم يتعرض له الحديث جمعا بينه وبين ما ذكرناه.

وروى عن على، والحسن بن على، ومعاوية - رضى الله عنهم أجمعين - من غير مخالف، فكان إجماعا.

فإن لم يدخل بها وجهل الأول، فسخا جميعا؛ لتعذر الجمع، وإن قالت: هذا هو الأول لأن شهادتها غير مقبولة فى النكاح.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٣٦/ ١٥٠) عن سعد بن أبى وقاص.

(٢) زاد فى ط: منهما.

(٣) هو من حديث سمرة بن جندب أخرجه أبو داود (٢/ ٢٣٠) كتاب النكاح: باب إذا أنكح الوليان (٢٠٨٨)، والترمذى (٣/ ٤١٨) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الوليين يزوجان (١١١٠). وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن. والنسائى (٧/ ٣١٤) كتاب البيوع: باب الرجل يبيع السلفة فيستحقها مستحق. وابن ماجة (٢١٩١) و(٢٣٤٤).

قال اللخمى: قال ابن عبد الحكم: ليست للثانى، وإن دخل؛ لعدم قبول المحل له.

ولو عقدا معا من غير تقدم فى مجلس واحد، فسخا جميعا، ولا يعتبر الدخول؛ لعلمهما بالفساد.

وفى الجواهر: إن اتحد زمان العقد ترافعا، ولم يشترط العلم، ولا اتحاد المجلس.

قال اللخمى: قال محمد: إذا علم الأول، فطلق، أو مات قبل دخول الثانى، ثم دخل الثانى، وكان عقده قبل الموت، أو الطلاق، ولم يعلم حتى دخل - ثبت، وفات النظر؛ كما لو دخل فى الحياة[1]، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها، وإن علم قبل الدخول، ثم دخل، فسخ، واعتدت من الأول؛ لتيقن صحته، وكذلك إذا طلق فإنه يفسخ، وترد للأول.

وإن عقد الثانى بعد موت الأول، أو طلاقه، فيفسخ فى الموت؛ لأنه نكاح فى عدة دون الطلاق؛ لأنها فى غير عدة.

قال محمد: قال عبد الملك: فيما أظنه إن عقد الثانى بعد الطلاق الثلاث، ثبت نكاحه بخلاف الوكيل، فيفسخ ما لم يدخل.

قال محمد: وإن دخل الأخير والأول لم يثبت ولم يطلق، فأقر القاضى، أو الأب، أو الوكيل أنه كان عالما بتزويج الأول، لم يصدق إلا ببينة على إقراره قبل العقد الثانى، فيفسخ بغير طلاق؛ لأن الإقرار على الغير لا يسمع.

ولو أقر الثانى بعلمه بتقديم الأول قبل إقراره؛ لأنه إقرار على نفسه، وفسخ وكان لها الصداق كاملا من غير طلاق.

وقال محمد: بل بطلاق، واعتراف الزوجة إذا لم يدخل واحد منهما فيه خلاف.

وفى الجواهر: حيث قلنا بالفسخ بطلاق؛ لأنه مختلف فيه.

وقال محمد: بل موقوف وإن تزوجها أحدهما؛ لم يلزمه شىء، ولز م الآخر؛ لتحل للزوج، وإن تزوجها غيرهما وقع عليهما.

فرع: قال: لو ماتت المرأة بعد تعيين المستحق لها منهما بدخول، أو سبق،

---

(١) فى ط: حالة الحياة.

ورثها ووجب الصداق عليه.

وإن جهل ففى ثبوت الميراث قولان للمتأخرين؛ نظرا للشك، أو لابد أن يكون أحدهما زوجا، ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث لأنهما أثران للعقد فيتلازمان، وحيث ينتفى(١) يكون عليه ما زاد قدر الميراث.

فإن مات الزوجان، أو أحدهما، فلا ميراث ولا صداق.

والفرق: أن كل واحد من ورثة الزوجين يقول لها: لم يتعين لك عندنا حق؛ لاحتمال أن يكون الزوج هو الآخر، ولا تقوم(٢) لها على واحد حجة على ورثتها فإنها موروثة قطعا، وإنما التداعى بين الزوجين.

فرع: قال: إذا ادعى كل واحد منهما أنه الأول، فصدقت أحدهما، ثبت لها الصداق، بإقراره، ولم يثبت لها الميراث؛ لأنه إقرار على الغير باعتبار الميراث.

ولو شهدت لكل واحد منهما بينة أنه الأول، تساقطتا.

والمشهور: لا يرجح ههنا بمزيد من العدالة، بخلاف البيع؛ لأن النكاح لا يثبت بالشاهد واليمين.

وقال سحنون: يقضى بالأعدل، واختاره عبد الحق؛ عملا بالرجحان.

فرع: فى الكتاب: تحرم على آبائه وأبنائه؛ لأنه وطء شبهة.

نظائر:

قال أبو عمر: ست مسائل يفيتهن الدخول:

مسألة الوليين.

وامرأة المفقود تتزوج بعد الأجل المضروب، وقيل: لا سبيل له عليها مطلقًا.

والعالمة بالطلاق دون الرجعة.

وامرأة المرتد، وشك فى كفره هل هو إكراه أو اختيار؟، ثم يتبين الإكراه.

ومن أسلم على عشرة ثم اختار أربعا فوجدهن من ذوات محارم يختار من البواقى ما لم يدخل بهن أزواجهن، وقيل: لا يفيتهن الدخول.

والمطلقة للغيبة، ثم يقدم بحجته.

---

(١) فى ط: ينبغى.

(٢) فى ط: ولا يقوم.

وأربع لا يفيتهن الدخول.

المنعىّ لها زوجها، ثم يتبين حياته.

وقال إسماعيل: هو كالمفقود، ويفيتها الدخول.

والمطلقة للنفقة، ثم يتبين إسقاطها لها.

والقائل: عائشة طالق، وله امرأة حاضرة تسمى عائشة [فقال: لم أردها، ولى أخرى تسمى عائشة][1]. بغير هذا البلد، فطلقت هذه، ثم تبين صدقه.

والأمة تختار نفسها، ثم يتبين عتق زوجها قبلها، وقيل: يفيتها.

زاد العبادى فى الست الأول: التى تسلم، وزوجها كافر، فيفرق بينهما، ثم يتبين تقدم إسلامه عليها.

فرع: فى الكتاب: من طلق امرأته الأمة فراجعها فى سفره، فوطئها السيد قبل علمها[2] بالرجعة، فلا رجعة له؛ لأن وطأها بالملك كوطئها بالنكاح.

القطب الثانى: المعقود عليها: وهى المرأة الخالية من الموانع الشرعية.

قال صاحب القبس: المحرمات أربعون امرأة: أربعة وعشرون مؤبدات: سبع من النسب: الأم، والبنت، والأخت، والعمة، والخالة، وبنات الأخ، والأخت.

ومثلهن من الرضاع.

وأربع بالصهر: أم الزوجة، وبنتها وزوجة الأب. وزوجة الابن.

وثلاثة من الجمع: المرأة مع أختها، أو عمتها، أو خالتها، فهذه إحدى وعشرون، والملاعنة، والمنكوحة فى العدة، ونساؤه عليه السلام.

وست عشرة لعوارض: الخامسة، والمزوجة، والمستبرأة، والحامل، والمبتوتة، والمشركة، والأمة الكافرة، والأمة المسلمة لواجد الطول، وأمة الابن، والمحرمة، والمريضة، وذات محرم من زوجها لا يجوز الجمع بينهما، واليتيمة والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال، والمنكوحة بعد الركون للغير.

زاد فى الجواهر: المرتدة، وغير الكتابية، وأمة نفسه، أو تكون سيدته، أو أم سيده.

ووافقنا الأئمة فيما ذكر من النسب، والرضاع، والصهر.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: علمه.

وزاد ابن حنبل: الزانية حتى تتوب؛ لظاهر الآية، وسأذكر هذه الموانع مفصلة إن شاء الله.

المانع الأول: النسب.

وفي الجواهر: ضابطه: الأصول؛ والفصول، أو فصول أول الأصول، وأول فصل من كل أصل، وإن علا، فالأصول: الآباء، والأمهات وإن علوا، والفصول: الأبناء، والبنات، وإن سفلوا، وفصول أول الأصول: الأخوات، والإخوة، وأولادهم، وإن سفلوا؛ احترازا من فصول ثانى الأصول، وثالثها، وإن علا ذلك، فإن فيهم أولاد الأعمام، والعمات والأخوال والخالات وهن مباحات بقوله ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وأول فصل من كل أصل: يندرج فيه أولاد الأجداد والجدات، وبنات خالاتك وهم: الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات، فينضبط المحرم على الرجال، والنساء، ودليله: قوله - تعالى -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] واتفقت الأمة على أن المراد بهذا اللفظ: القريب، والبعيد من كل نوع، واللفظ صالح له؛ لقوله - تعالى -: ﴿يَٰبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ وقوله: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] ثم قال - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] يريد فى الجاهلية فإنه مغفور.

والحليلة لغة: الزوجة، وقوله - تعالى -: ﴿مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ احترازا من التبنى دون الرضاع، فلا تعارض بين النصوص.

وحرم - عليه السلام - من الرضاع ما يحرم من النسب(١).

---

(١) أخرجه الشافعى فى المسند (٢/ ٢٠) (٦١)، والبخارى (٩/ ٤٣) كتاب النكاح: باب وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم (٥٠٩٩)، ومسلم (٢/ ١٠٧١) (٢/ ١٠٦٨) كتاب الرضاع باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة (١/ ١٤٤٤) من حديث عائشة وبنحوه أخرجه البخاري (٥١٠٣)، ومسلم (٩/ ١٤٤٥)، وأخرجه البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (١٢/ ١٤٤٧) من حديث ابن عباس.

تنبيه: قال اللخمى: كل أم حرمت بالنسب حرمت أختها وكل أخت حرمت لا تحرم أختها إذا لم تكن خالة، فقد يتزوج الرجل المرأة، ولكل واحد منهما ولد، فالولد تحل له ابنة المرأة من غير أبيه، وكل عمة حرمت قد لا تحرم أختها لأنها قد لا تكون أخت أبيه، ولا أخت جده.

فرع: فى الجواهر: ولد الزنا يحرم على أمه، وابنة الزنا حلال لأبيها، عند عبد الملك و (ش) ؛ لأنها لا ترثه؛ كالأجنبية، والمشهور: التحريم.

قال سحنون: الجواز خطأ صراح وما علمت من قاله غير عبد الملك؛ لأنها مخلوقة من مائه فتحرم عليه بظاهر النص، وقاله (ح).

فرع: المنفية باللعان لا تحل؛ لأنه لو استلحقها لحقته(١) بخلاف ابنة الزنا.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: لا يجوز نكاح الزانية المجاهرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣] ويستحب مفارقتها إن كانت زوجة، إلا أن يبتلى بحبها؛ لقوله - عليه السلام - لما قال له الرجل إن زوجتى(٢) لا ترد يد لامس، قال: «فَارِقْهَا» قال: إنى أحبها، قال: «أَمْسِكْهَا»(٣) قاله عليه السلام؛ خشية أن يزنى بها، أخرجه مسلم.

قال: وما علم من ذلك استبرأه بثلاث حيض فى الحرة وحيضة فى الأمة.

وكره مالك نكاح الزانية من غير تحريم إما لأن النكاح فى الآية المراد به: الوطء على وجه الزنا؛ لأن الأصل فى الاستعمال الحقيقة، كما روى عن ابن عباس،

---

(١) فى أ: لحقت.

(٢) فى ط: امرأتى.

(٣) أخرجه من رواية عبد الله بن عبيد بن عمير، مرسلًا: الشافعى فى المسند (٢/ ١٥) كتاب النكاح: الباب الثالث فى الترغيب فى الزواج (٣٧)، واللفظ له. والنسائى (٦/ ٦٧ - ٦٨) كتاب النكاح: باب تزويج الزانية. وأخرجه من طريقين: الأولى عن هارون بن رئاب عن عبد الله بن عبيد مرسلًا. والثانية: عن عبد الكريم عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس، موصولًا مرفوعًا. وقال: هذا الحديث ليس بثابت، وعبد الكريم ليس بالقوى، وهارون بن رئاب أثبت منه، وقد أرسل الحديث وهارون ثقة، وحديثه الأولى بالصواب من حديث عبد الكريم. وأخرجه أبو داود من حديث ابن عباس، كتاب النكاح: باب النهى عن تزويج من لم يلد من النساء (٢٠٤٩)، والنسائى (٦/ ١٦٩ - ١٧٠) كتاب الطلاق: باب ما جاء فى الخلع. والبيهقى (٧/ ١٥٤، ١٥٥) كتاب النكاح: باب ما يستدل به على قصر الآية.

ومجاهد - رضى الله عنهما -، أو لأنها منسوخة بقوله - تعالى -: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] قاله ابن المسيب.

المانع الثانى: الصهارة وقد تقدمت نصوص تحريمها فى النسب.

قاعدة:

عقوق ذوى المحارم بعضها لبعض حرام إجماعا من حيث الجملة.

قاعدة:

الوسائل تتبع المقاصد فى أحكامها، فوسيلة المحرم محرمة، وكذلك سائر الأحكام، ووسيلة أقبح المحرمات، أقبح الوسائل، ووسيلة أفضل الواجبات أحسن(١) الوسائل، ومضارة المرأة بأخرى بجمعها معها فى حال الوطء وسيلة الشحناء فى العادة، ومقتضى ذلك: التحريم مطلقا، وقد فعل ذلك فى شريعة [عيسى](٢) عليه السلام فلا يتزوج الرجل إلا [امرأة واحدة](٣)؛ تقديما لمصلحة النساء؛ ودفعا للشحناء.

وعكس ذلك فى التوراة: يجوز(٤) الجمع غير محصور فى عدد؛ تغليبا لمصلحة الرجال على مصلحة النساء.

وجمع بين المصلحتين فى شريعتنا(٥) المفضلة على سائر الشرائع - بين مصلحة الرجال فشرع لهم أربع حرائر مع التسرى، ومصالح النساء فلا تضار زوجة منهن بأكثر من ثلاث.

لما كانت الثلاث مغتفرات فى مواطن كثيرة اغتفرت ههنا، فتجوز هجرة المسلم ثلاث، والإحداد على غير الزوج ثلاث، والخيار ثلاث، ونحو ذلك.

هذا فى الأجنبيات، والبعيد من القرابات، وحافظ الشرع على القرابة القريبة، وصونها عن العقوق، والشحناء؛ فلا يجمع بين الأم وابنتها، وهما أعظم القرابات حفظا لبر الأمهات، والبنات، ويلى ذلك الجمع بين الأختين، ويلى ذلك الجمع بين

---

(١) فى ط: أفضل.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: المرأة الواحدة.
(٤) فى ط: نجوز.
(٥) فى أ: شرائعها.

المرأة وخالتها؛ لكونها من جهة الأم، وبرها آكد من الأب ويليه المرأة، وعمتها ثم خالة أمها ثم خالة أبيها ثم عمة أمها ثم عمة أبيها فهذا من باب تحريم المقاصد، ولما كانت الأم أشدَّ برّا بابنتها من الابنة بأمها لم يكن العقد عليها كافيا فى بغضها[١] لابنتها إذا عقد عليها؛ لضعف ميلها للزوج بمجرد العقد، وعدم مخالطته فاشترط فى التحريم إضافة الدخول وكان ذلك كافيا فى بغضة البنت؛ لضعف ودها فيحرم العقد؛ لئلا تعق أمها، وقاله الأئمة.

وقال ابن مسعود: ويشترط الدخول فيهما؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ ثم قال: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ فقوله - تعالى -: ﴿ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ صفة تعقيب الجملتين فتعمهما؛ كالاستثناء، والشرط.

وجوابه: إما يمنع عود الاستثناء على الجمل، أو تسليمه، ونقول: هو ههنا متعذر؛ لأن النساء فى الجملة الأولى مخفوض بالإضافة، وفى الثانية: مخفوض بحرف الجر والعامل فى الصفة هو العامل فى الموصوف على الأصح، فلو كان صفة للجملتين؛ لعمل فى الصفة الواحدة عاملين، وهو ممتنع كما تقرر فى علم النحو.

قاعدة: لما دلت النصوص على تحريم أمهات النساء، والربائب، حمل على العقد إذ لا يفهم من «نسائنا» - عرفا - إلا الحرائر اللاتى لا يستبحن إلا بالعقد، وألحق الملك بالعقد؛ لاستوائهما فى المعنى المتقدم، وألحقت شبهتهما بهما فى التحريم؛ لأنها ألحقت بهما فى لحوق الولد، وسقوط الحد، وغيرهما، وأما الزنا المحض، فمطلوب الإعدام، فلو رتب عليه شىء من المقاصد؛ لكان مطلوب الإيجاد فلا يثبت له أثر فى تحريم المصاهرة على غير المشهور وهو مذهب الموطأ.

ولاحظ فى الكتاب كونه يوجب نسبة واختصاصا، وربما أوجب ميلا شديدا، فأفتى[٢] بالتحريم وبالغ حتى قال: إذا التذ بها حراما، كان كالوطء قاله فى الكتاب وقاله ح وابن حنبل ووافق الأئمة فى العقد، والملك، والشبهة، ووافق (ح) فى

(١) فى ط: بغضتها.
(٢) فى أ: فأتى.

الملامسة بلذة والنظر فى الفرج، إلا أن ينزل؛ لعدم إفضائه إلى الوطء وهو إنما حرم تحريم الوسائل، والوسيلة إذا لم تفض إلى المقصد، سقط اعتبارها.

ومنع (ش) التحريم بالملامسة للذة والنظر مطلقا وأثبتناه بهما مطلقا.

قال أبو الطاهر: اللمس بلذة من البالغ ينشر حرمة الصهارة، ومن غير البالغ قولان، وبغير لذة لا ينشر مطلقا.

ونظر البالغ للذة، المشهور: نشره؛ لأنه أحد الحواس، والشاذ: لا ينشر؛ لأن النظر إلى الوجه لا يحرم اتفاقا، وإنما الخلاف فى باطن الجسد.

واكتفى فى تحريم زوجات الآباء بالعقد؛ لأن أنفات الرجال، وحمياتهم تنهض بالغضب، والبغضاء[1] لمجرد نسبة المرأة إليهم بذلك، فيختل نظام ود الآباء للأبناء، والأبناء للآباء، وهو سياج عظيمة عند الشرع جعل خرقه من الكبائر.

فرع: قال ابن القاسم: إذا تزوج امرأة، فلم يدخل بها، فماتت، فقبّلها وهى ميتة - حرمت ابنتها؛ لأنه التذ بها وهى زوجه يجوز له غسلها.

وعلى القول بمنع غسلها: لا يحرم.

قال: والقياس: عدم الحرمة؛ لأن وطأها لا يوجب إحصانا، ويجوز له الجمع بينها، وبين أختها حينئذ، والخامسة.

سؤال:

المشهور فى تحليل الزوجة بعد الطلاق الثلاث: اشتراط الوطء [فى][2] الحلال وحمل آية التحليل عليه؛ لأن القاعدة: أن كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه، فحمل النكاح فيها على النكاح الشرعى، وخولفت القاعدة فى قوله - تعالى- فى أمهات الربائب: ﴿ٱلَّتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ فاعتبر مالك مطلق الوطء حلالا، أو حراما وهو خلاف القاعدة.

جوابه: أنها احتياط فى الموضعين، فخولفت القاعدة لمعارضة الاحتياط.

تفريع: فى الجواهر: يحرم بالعقد الصحيح أمهات الزوجة من النسب، والرضاع، وامرأة الابن، والحفدة، والأب، والجد من النسب، والرضاع.

---

(١) فى ط: والبغض.
(٢) سقط فى أ.

وقال ابن القاسم فى الكتاب: كل نكاح مختلف فيه لم ينص الكتاب ولا السنة على تحريمه، فهو كالصحيح.

وقال أيضا: إذا تزوج امرأة فى عدتها، ففرق بينهما قبل البناء؛ جاز لابنه تزويجها.

قال مالك: العقد الفاسد إن كان يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده؛ كالشغار الذى سمى(1) مهره، والعقد بالصداق المجهول، أو إلى أجل غير مسمى، أو إلى موت أو فراق، والعقد بالخمر والخنزير يحرمها على ابنه، وأبيه.

وإن كان محرما فى الكتاب، والسنة كالخامسة، والنكاح فى العدة والأخت على الأخت، وعلى العمة بنسب، أو رضاع، أو للتحليل، أو غير مهر - فلا يحرم.

ولا يحرم بنات الزوجة إلا بالوطء، أو مقدماته؛ كالقبلة، والمباشرة للذة، والنظر لباطن الجسد بشهوة على المشهور.

وقيل: لا يحرم ذلك، ولا يشترط كونهن فى حجره؛ لأن قوله - تعالى -: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء:٢٣] خرج مخرج الغالب، فلا يكون له مفهوم إجماعا حينئذ.

وفى الكتاب: إذا زنى بأم امرأته، يفارقها.

وفى الموطأ: لا يفارقها، وعليه جميع أصحابه.

وفى حمل المفارقة المذكورة على الوجوب أو الندب، قولان، فإن انفردت الشبهة عن العقد، والملك:

قال أبو عمران: لا يختلف أصحابنا فى التحريم إلا قول سحنون إذا مد يده إلى امرأته ليلا فوقعت على ابنته منها، فوطئها غلطا أن ذلك لا يحرم.

وإذا فرعنا على قول الأصحاب، فاختلفوا إذا حاول وطء امرأته فوقعت يده على ابنته، فالتذ بها هل تحرم الأم - وعليه الأكثرون - أم لا تحرم؛ لأن الملموسة ليست ربيبة فيتناولها تحريم الربائب، ولا من أمهات نسائه؛ لأن ابنته لا تكون من نسائه؟ وقاله سحنون فى الوطء نفسه.

وإذا فرعنا على الأول فجمهور قائليه: أن مقتضى المذهب: التحريم قولا

(1) فى ط: يسمى.

واحدا، ولا يتخرج على روايتى التحريم بالزنا.

قال ضعفاؤهم: بل يتخرج.

وجمهورهم على مفارقة الأم وجوبا.

وقال أبو عمران، وأبو الحسن: استحبابا.

قال اللخمى: على القول بتحريم الأم، إذا غلط بابنته منها: تحرم بنت الخالة إذا غلط، بجدته؛ لأنها من أمهات نسائه، وعلى القول الآخر: لا تحرم.

فرع: فلو وطئ امرأة مكرها: قال المازرى[1]: يتخرج إيجابه للحرمة على الخلاف فى الجدة، فإن قلنا: يخرج على روايتى الزنا، وإلا فهو كوطء الغلط.

تفريع:

فى الكتاب: الجدات كالأمهات، وبنات الأبناء كالبنات؛ كما اندرجن فى تحريم النسب.

وإذا تزوجها فى عدتها، فلم يبن بها حتى تزوج أمها، أو أختها، أقام مع الثانية؛ لأن عقد الأولى غير منعقد، وهى تحل لآبائه، وأبنائه ما لم يلتذ بها.

وكذلك لو عقد على ذات محرم، أو رضاع، وزنا بامرأة، أو التذ منها - حرمت عليه أمها، وابنتها، وتحرم على آبائه، وأبنائه، وإن كانت فى عصمة أحدهما.

وإذا تزوج امرأة وابنتها فى عقد احد - لا يثبت نكاح البنت؛ كصفقة جمعت حلالا، وحراما، وليس له حبس إحداهما ويفسخ العقد، وله تزويج أيهما شاء إن كان لم يبن بهما، وقيل تحرم الأم؛ للشبهة فى البنت، وإن بنى بها حرمت عليه للأبد، وإن بنى بإحداهما فسخ العقد، وخطب التى بنى بها بعد الاستبراء، أُمًّا كانت أو بنتا، وحرمت الأخرى أبدا.

وإن تزوج امرأة، فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها، وهو لا يعلم حتى دخل بالابنة، فارقهما جميعا، ولا صداق للأم؛ لأنه فسخ مجبور عليه قبل الدخول؛ كالرضاع، ويتزوج الابنة بعد ذلك واستبراء ثلاث حيضات، أو وضع حمل؛ تفريقا بين الماء الحلال والحرام. لأن العقد عليها مع وجود الأم فى العصمة لا.يحل، وتحرم الأم للأب؛ لأنها من أمهات نسائه.

---

(١) فى ط: اللخمى.

وإن عقد على الأم أخيرا، وهو لا يعلم، فبنى بها، أو بالأم - حرمت للأبد: أما الأم فللعقد على البنت، وأما البنت [فللدخول مع الأم فى العقد][١] ولا صداق للابنة إن لم يبن بها؛ لما تقدم.

وإن كان الفسخ من قبله لكنه لم يتعمده، وإن لم يبن بالأخرى ثبتت الأولى، أُمًّا كانت أو بنتا، بنى بها، أم لا، وتفسخ الثانية.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا تزوج الأم بعد البنت، أو البنت بعدها، فوطئ الثانية وحدها، فسخ نكاحهما بغير طلاق، وللأولى نصف الصداق.

قال أبو عمران: ولو تزوج الأم بعد البنت عالما بالتحريم، ودخل بها، فعليه نصف صداق البنت؛ لأنه قصد إبطال عصمتها.

قال صاحب المقدمات: إذا تزوج الأم، والبنت واحدة [بعد واحدة][٢]، فله ست حالات:

الحالة الأولى: أن يعقد عليها قبل البناء: فيفرق بينه وبين الثانية، ويبقى مع الأولى إن كانت البنت بلا خلاف، أو الأم بخلاف، وإن جهل السبق، فارقهما، وله تزوج البنت، وتكون عنده على تطليقتين، ولكل واحدة نصف صداقها، وقيل: ربعه.

قال: والقياس: ربع أقل[٣] الصداقين، وذلك إذا لم تدع كل واحدة أنها الأولى، ولا ادعت عليه معرفة ذلك، فإن حدث ذلك [وحلف][٤] وحلفت كل واحدة، كان لها نصف الأكثر من الصداقين يقتسمانه بينهما على قدر صداقيهما، وإن نكلتا بعد حلفه، كان لهما نصف أقل الصداقين يقتسمانه على ما تقدم، وإن نكلت إحداهما فللحالفة نصف صداقها فإن نكل هو، وحلفتا، فلكل واحدة نصف صداقها، فإن نكلت إحداهما بعد نكوله، فلا شيء لها وللحالفة نصف صداقها، وإن نكلت بعد نكوله فلهما أقل الصداقين بقدر[٥] صداقيهما وإن أقر لإحداهما أنها الأولى، حلفت

---

(١) فى ط: فللدخول مع العقد فى الأم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: أول.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: لا بقدر.

على ذلك ولها نصف صداقها، وليس للثانية شيء، فإن نكل وحلفت غرم لكل واحدة نصف صداقها.

فرع: قال: إن مات ولم تعلم الأولى، فالميراث بينهما بعد أيمانهما، وتعتد كل واحدة منهما عدة وفاة.

الحالة الثانية: الدخول بهما: فيفارقهما: ولكل واحدة نصف صداقها بالمسيس، وعليهما الاستبراء بثلاث حيضات، وحرمتا للأبد، ولا ميراث.

الحالة الثالثة: أن يدخل بالأولى: فيقر معها إن كانت البنت اتفاقا، والأم على الخلاف، وتحرم الثانية [أبدًا][1].

الحالة الرابعة: الدخول بالثانية: يفارقهما، وللمدخول بها صداقها، وتحل به بعد الاستبراء بثلاث حيض إن كانت البنت، أو الأم حرمتا أبدا، ولا يرثانه إن مات.

الحالة الخامسة: دخوله بواحدة، ولا يعلم سبقها: فإن كانت الأم حرمتا أبدا، وإن كانت الابنة فارقهما وله زواجها، وعليها في العدة أقصى الأجلين، ولها جميع صداقها.

قال ابن حبيب: ونصف الميراث.

وقال محمد: ولا شيء لها.

قال: وهو الصواب، ولا عدة على غير المدخول بها، ولا صداق، ولا ميراث.

الحالة السادسة: دخوله بواحدة غير معلومة: حرمتا أبدا، والقول قوله في تعيينها، فيعطيها صداقها، ولا شيء للأخرى، فإن نكل حلفت كل واحدة منهما: أنها هي المدخول بها واستحقت جملة صداقها، فإن نكلت إحداهما، فلا شيء لها.

فرع: قال: إن مات، فلكل واحدة نصف صداقها عند سحنون.

قال: والقياس: أقل الصداقين على قدر صداقهما بعد أيمانهما، وتعتد أقصى الأجلين، وبينهما نصف الميراث على مذهب ابن خبيب، ولا ميراث لهما عند محمد، وهو الصحيح؛ لأن المدخول بها إن كانت الآخرة لم يرثا، ولا ميراث مع الشك.

فرع: في الجواهر: يجوز جمعهما في الملك للخدمة، أو إحداهما للخدمة،

---

(١) سقط في أ.

والأخرى للوطء، وأيهما وطئ حرمت الأخرى أبدا.

وإن جمعهما فى الوطء بالملك فى إحداهما والعقد فى الأخرى: فإن وطئهما، أو إحداهما، فكما تقدم فى المملوكتين، وإلا فالمملوكة محرمة الجمع خاصة ما لم يدخل بالزوجة، أو تكون البنت، فيتأبد التحريم.

فرع: قال اللخمى: وتحرم امرأة الجد للأم، والجد للأب؛ لاندراجهما فى لفظ الآباء؛ كما تندرج جدات امرأته، وجدات أمها من قبل أمها، وأبيها فى قوله - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ وبنت بنت الزوجة، وبنت ابنها، وكل من نسب إليها بالبنوة، وإن سفل فى قوله - تعالى -: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾.

تنبيه: اعلم أن هذه الاندراجات ليست بمقتضى الوضع اللغوى، ولذلك صرح الكتاب العزيز بالثلث للأم، ولم يعطه[1] الصحابة - رضى الله عنهم - للجدة، بل حرموها حتى روى لهم الحديث فى السدس، وصرح بالنصف للبنت، وللبنتين بالثلثين على السوية[2] وورثت بنت الابن مع البنت السدس بالسنة، وابن الابن [كالابن][3] فى الحجب، والجد ليس كالأب، والإخوة تحجب الأم، وبنوهم لا يحجبون، فعلمنا أن لفظ «الأب»: حقيقة فى الأب القريب، مجاز فى آبائه، ولفظ «الابن»: حقيقة فى القريب، مجاز فى أبنائه إن دل إجماع على اعتبار المجاز، وإلا ألغى، وإن هذه الاندراجات فى تحريم المصاهرة بالإجماع، لا بالنص، وإن الاستدلال بنفس اللفظ متعذر؛ لأن الأصل عدم المجاز، والاقتصار على الحقيقة.

فرع: قال: إذا تزوج الابن امرأة فقال الأب: كنت تزوجتها، فإن فارقها لزمه نصف الصداق، وتحلف المرأة إن كان الأب ثقة، وإلا فلا.

وإن شهد عدل مع الأب، وهو عدل، حكم بالفراق.

قال وفى الصداق نظر؛ لأجل شهادة الأب.

فرع: قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا زوج امرأته من غلامه، فولدت جارية، لا تحل الجارية لابنه.

وروى ابن دينار: الجواز.

---

(١) فى أ: ولم يعطف.
(٢) فى ط: التسوية.
(٣) سقط فى أ.

قال: وهو الصحيح؛ لعدم الحرمة بينهما، واتفقوا على حل ما ولدت امرأة [ابنه قبل ابنه(١)، وفيما ولدته بعده ثلاثة أقوال:

الجواز لمالك، والجمهور.

والمنع لابن القاسم.

والكراهة لابن حبيب.

قال: والذى يتخيل فى المنع: بقاء لبن(٢) من الأول بعد وطء الثانى، وأن الولد من الأول حاضت عليه، ثم انتعش بماء الثانى.

المانع الثالث: الرضاع.

ويقال: الرضاع - بفتح الراء، وبكسرها - والرضاعة، وقد تقدم مستنده، ويتعلق الفقه فيه بالمرضعة والمرضع، واللبن المرضع، وإثباته، ومن يحرم به، فهذه خمسة فصول.

الفصل الأول: فى المرضعة

وفى الجواهر: هى المرأة دون الرجل، والبهيمة، وقاله (ش وح) وروى عن مالك: كراهة نكاح من أرضعه الرجال.

قال اللخمى: قال ابن اللبان: وتقع الحرمة به؛ لأن الحرمة إذا وقعت باللبن عن وطئه، فلبنه أولى، ويحمل قوله - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ على الغالب.

وفى الجواهر: ويحرم ارتضاع الميتة وفحله أب؛ لأنه يغذى وفى مسلم: قال - عليه السلام -: «الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ»(٣).

وقيل: لا تحرم ولا يحرم، ولا تحل له لشبهها بالبهيمة، بل بالجماد، ويحرم لبن البكر، واليائسة، وغير الموطوءة، والصبية، وقاله (ح) خلافًا لـ (ش) ؛ لأن لبنها يغذى، وقاله فى الكتاب.

وقيل: ما لم تنقص الصبية عن سن من توطأ.

---

(١) فى ط: امرأة ابنه قبل أبيه.

(٢) فى ط: ابن.

(٣) أخرجه البخارى (٩/ ٥٠) كتاب النكاح: باب من قال لا رضاع بعد حولين (٥١٠٢)، ومسلم (٢/ ١٠٧٨) كتاب الرضاع: باب إنما الرضاعة من المجاعة (٣٢ - ١٤٥٥).

فرع: فى الكتاب: تجبر ذات الزوج على إرضاع ولدها إلا أن يكون لا يرضع مثلها لشرفها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأنها دخلت على ذلك عرفا، فيلزمها شرعا، فإن مات الأب، والصبى له مال، فلها الاستئجار من ماله على إرضاعه، إلا ألا يقبل غيرها فتجبر بالأجرة من ماله، وإن لم يكن له مال، لزمها إرضاعه.

قال ابن يونس: يريد: وإن قبل غيرها، بخلاف النفقة؛ لأن أصل الإرضاع واجب عليها.

وقال عبد الوهاب: لا يلزمها إلا ألا يقبل غيرها؛ لأن الأصل عدم تعلقه بها(١).

قال مالك: وإذا لم يكن للأم لبن، أو لها، وليس له مال، فعليها إرضاعه؛ للآية وتأخيره - عليه السلام - الغامدية حتى إذا أرضعت ولدها، وحينئذ رجمها(٢)، فدل ذلك على تعينها له.

وفى الكتاب: وعلى الرجعية الرضاع؛ كالزوجة، فإذا انقضت العدة، أو كانت بائنا، فعلى الأب أجر الرضاعة، فإن اختلفا فى مقدار الأجرة، فالأم أحق بها بما يرضى به غيرها، وليس للأب التفرقة بينهما، فإن أبت، فلا حق لها إلا ألا يقبل الولد غيرها، فتجبر عليه.

قال ابن يونس: يريد الأم أحق بأجرة المثل لا بما زاد، سواء وجد من يرضع غير الأم، أم لا، ولو كان الأب معدما، فوجد من يرضعه باطلا(٣)، قيل للأم: إما أن ترضعه باطلا، أو تسلمه، وكذلك إن كان الأب لا يقدر على أجرة المثل، ووجد(٤) من يرضعه بدونها.

---

(١) فى ط: تعلق حقه.

(٢) سيأتى الكلام على هذا الحديث فى الحدود، وقد أخرجه مسلم فى المصدر السابق (٢٣ - ١٦٩٥)، وأبو داود (٤/ ١٥٢) كتاب الحدود: باب المرأة التى أمر النبى برجمها (٤٤٤٢) من حديث بريرة. قال المنذرى: وفى إسناده بشير بن المهاجر الغنوى الكوفى، وليس له فى صحيح مسلم سوى هذا الحديث، وقد وثقه يحيى بن معين، وقال أحمد: منكر الحديث، يجىء بالعجائب، مرجئ متهم. وقال أبو حاتم الرازى: يكتب حديثه ولا يحتج به. وغمزه غيرهما. ولا عيب على مسلم فى إخراج هذا الحديث؛ فإنه أتى به من الطبقة الثانية، بعدها ساق طرق حديث ماعز، وأتى به آخرًا ليبين اطلاعه على طرق الحديث.

(٣) باطلا: يعنى: مجانًا بلا مقابل.

(٤) فى ط: أو وجد.

وإن كان موسرا، ووجد من يرضعه باطلا، فليس ذلك له، وروى عنه: أنها لا تأخذه إلا بما وجد. قال: والأول أحسن؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

فرع: قال صاحب البيان: إذا طلقها، ليس لها طرح ولدها من حينه حتى يجد مرضعا؛ لقوله - تعالى -: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فرع: إذا قدم الأب أجرة رضاع سنة، ثم مات، رجع ما بقى للورثة.

وقال مالك: عطية للابن استحقها بالحوز(١).

الفصل الثانى: المرضع

وفى الكتاب: لا يحرم الرضاع بعد الحولين إلا بنحو الشهرين؛ لأنه فى حكم الحولين، وقاله (ش).

وقال (ح): ثلاثون شهرا.

لنا: ظاهر الآية المتقدمة.

ولأنه زمن الحاجة غالبا.

وفى الترمذى: قال - عليه السلام -: «لَا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلَّا مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ، وَكَانَ قَبْلَ الفِطَامِ»(٢).

قال: وهو صحيح، فإن انفصل قبل ذلك، واستغنى بالطعام، لم يحرم رضاعه إلا بعد ذلك باليسير.

وفى الجواهر: قال مالك: يحرم بعد الحولين بالأيام اليسيرة.

وقال - أيضا -: مثل نقصان الشهور.

وإليه ذهب سحنون.

وروى عنه: بعدها بشهر. وروى: بثلاثة أشهر.

الفصل الثالث: اللبن المرضع

قال صاحب التنبيهات: قال أهل اللغة: لا يقال لبنات آدم لبن بل لبان.

---

(١) فى ط: ذاك عطية الابن استحقها بالحوز.

(٢) هو من حديث أم سلمة أخرجه الترمذى (٣/ ٤٥٨) (١١٥٢)، وأخرجه النسائى فى الكبرى (٣/ ٣٠١). من حديث ابن الزبير وقال الترمذى هذا حديث حسن صحيح.

قال: والأحاديث خلاف قولهم.

وفي الجواهر: لا يشترط فيه أن يكون من وطء حلال على مشهور الروايتين، وضابطه: أن كل وطء يلحق به الولد ويدرأ الحد، ينشر لبنه الحرمة.

وإن وجب الحد، وانتفى الولد لا ينشر، وإن انتفى الولد، وسقط الحد، فالرواية الأخيرة: نشره؛ لظهور شبه النكاح المشروع من حيث الجملة.

هذا كله في حق الراضع.

وأما المرضعة: فالأم مطلقا؛ لأن الزنا لا ينافي الأمومة، ولو وطئت المتزوجة بشبهة، وأتت بولد يحتمل أن يكون منهما، فأرضعت صغيرة - فهي ابنة من ثبت له نسب الولد.

وقال محمد: يحرم عليها.

وإذا دام لبن المطلقة سنين، فهو منسوب للزوج.

وقيل: ينقطع بوطء زوج ثان وإن دام.

وإذا فرعنا على الأول، فولدت أو حملت، فقيل: ينقطع بالحمل.

وقيل: بالولادة.

وقيل: لا ينقطع إلا بانقطاعه، وحيث لم يحكم بانقطاعه، فالولد لهما.

ومنشأ الخلاف: هل يكون طروء الزوج، أو الحمل مغيرا للبن حتى تكون نسبته إلى الطارئ أم لا؟

فرع: قال اللخمي: إذا تزوجت، فولدت، ثم تزوجت، فطلقها، ثم ثالثا، ولبن الأول باق وطالت المدة عن إصابة الوسط، سقط حكمه؛ لأنه كان سبب التكثير والطول يبطله، والحرمة تقع بالإنزال بالوطء؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا يَسْقِ أَحَدُكُمْ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»(1).

ولو قَبّل، أو باشر فدرت اللبن، لم يكن أبا إجماعا، وإن كان وجوده سببه؛ لبعد السبب.

---

(1) أخرجه أحمد (٤/١٠٨، ١٠٩) والترمذي (١١٣١) وقال: حسن. وأبو داود (٢١٥٨) و(٢١٥٩) و (٢٧٠٨) من حديث (رُوَيفع) بن ثابت، بلفظ: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره).

فرع: ليس من شرطه عدد رضعات، بل مطلق الرضاع يحرم، وقاله (ح) واشترط (ش) خمس رضعات؛ لقول عائشة - رضى الله عنها - فى مسلم: «كان فيما أنزل الله - تعالى - من القرآن عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمنَ، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفى - عليه السلام - وهن فيما يقرأ من القرآن»(١).

ولقوله - عليه السلام -: «لَا تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ، وَلَا الرَّضْعَتَانِ، وَلَا الْمَصَّةُ، وَلَا الْمَصَّتَانِ»(٢).

ولأنه سبب تحريم فيشترط فيه العدد؛ كاللعان.

والجواب عن الأول: أن إحالته على القرآن الباقى بعده - عليه السلام - يقتضى عدم اعتباره؛ لأنه لو كان قرآنا لتلى للآن؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: ٩] وعن الثانى: أن فى سنده طعنا.

سلمناه، لكنه مروى عن عائشة - رضى الله عنها - فهو مستنبط من الأول، وقد ظهر بطلانه.

وعن الثالث: بأنه مقلوب بأنه سبب تحريم فلا يتوقف على الخمس؛ كاللعان، ومعارض بأنه سبب تحريم، فلا يتوقف على العدد؛ كالنكاح على غير الزوج.

إذا ظهر ذلك، بطل قول الشافعية: أن القرآن مطلق، والسنة مقيدة، فيحمل المطلق على المقيد.

تفريع: فى الكتاب: الوجور يحرم، وقاله الأئمة؛ لحصول المقصود، وكذلك السعوط، والحقنة الواصلة إلى محل الغذاء.

فائدة: الوَجور - بفتح الواو -: الصب فى وسط الفم، واللدود: الصب فى أحد جانبيه، من لديد الوادى، وهما جانباه.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٠٨) كتاب الرضاع: باب جامع ما جاء فى الرضاع (١٧)، ومسلم (٢/ ١٠٧٥) كتاب الرضاع: باب التحريم بخمس رضعات (٢٤ - ١٤٥٢).

(٢) هو من حديث عائشة وفى الباب عن أم الفضل: أخرجه مسلم (٢٠/ ١٤٥١)، وأحمد (٦/ ٣٣٩، ٣٤٠)، والنسائى (٦/ ١٠٠)، وابن ماجة (١٩٤٠)، وأبو يعلى (٧٠٧٢)، وابن حبان (٤٢٢٩)، أخرجه مسلم، الموضع السابق: باب فى المصة والمصتين (١٧ - ١٤٥٠)، وأخرجه الترمذى (٣/ ٤٥٥) كتاب الرضاع: باب ما جاء لا تحرم المصة (١١٥٠)، وابن ماجه (١/ ٦٢٤) كتاب النكاح: باب لا تحرم المصة (١٩٤١)، والنسائى (٦/ ١٠١) كتاب النكاح: باب القدر الذى يحرم من الرضاع (٣٣١٠).

وفى الجواهر: فى السعوط، والحقنة خلاف.

قال ابن يونس: لم يشترط ابن حبيب الوصول إلى الجوف فى السعوط، والحقنة.

وقال: إذا خلط اللبن بكحل نفاد كالمر والصبر، والعنزروت، حرم، وإلا فلا.

ولم يعتبر ابن القاسم القسمين؛ لأن مرور اللبن فى الدماغ كمروره على سطح الجسم، لا يحصل غذاء؛ ولو وصل للجوف وكان مستهلكا.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: لا ينهى عن الغيلة وهى: وطء المرأة المرضعة؛ لقوله - عليه السلام - فى الصحيح: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الغيلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ»[(١)].

وقيل: هى إرضاع لبن الحامل على الصبى.

والمتوقع من الفساد: إضعاف المنى اللبن[(٢)]؛ لمشاركة الرحم الثدى فى المجارى، ولذلك تتحرك شهوة النساء بمسك الثدى، وإن الحمل يمنع الحيض، فينحصر فى الجسد، فيفسد اللبن.

ولم يشترط عبد الملك الإنزال، ولعله اكتفى بمنى المرأة.

فرع: إذا درت ماء لا يحرم، وإنما يحرم اللبن المغذى.

فرع: فى الكتاب: إذا استهلك اللبن، أو صار مغلوبا بطعام، أو دواء؛ لم يحرم، وقاله (ش) ؛ لأن الحكم فى الحكم للغالب، وقاله (ح) فى المغلوب بالماء، والمختلط بالطعام، وإن كان اللبن غالبا؛ لأن الطعام أصل اللبن، واللبن تابع، والدواء[(٣)]، كالماء عنده، وإذا اختلط عنده لبن المرأتين؛ تعلق التحريم بأغلبهما.

ويشهد لنا: أن النقطة من الخمر لا يحد عليها إذا استهلكت مطلقا.

قال ابن يونس: قال مطرف: يحرم؛ لحصول الاغتذاء بتلك الأجزاء، وإن

---

(١) هو من حديث جدامة بنت وهب الأسدية أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٠٧ - ٦٠٨) كتاب الرضاع: باب جامع ما جاء فى الرضاعة (١٦)، ومسلم (٢/ ١٠٦٦) كتاب النكاح: باب جواز الغيلة، وهى وطء المرضع (١٤٠ - ١٤٤٢)، وأبو داود (٤/ ٩) كتاب الطب: باب فى الغيل (٣٨٨٢)، والترمذى (٤/ ٣٥٤) كتاب الطب: باب ما جاء فى الغيلة (٢٠٧٧)، والنسائى (٦/ ١٠٦) كتاب النكاح: باب الغيلة (٣٣٢٦)، وأحمد فى المسند (٦/ ٣٦١، ٤٣٤)، والبيهقى فى السنن (٧/ ٢٣١ - ٤٦٥).

(٢) فى أ: المنى من اللبن.

(٣) فى ط: والهواء.

اختلطت بغيرها، والنقطة من الخمر إذا اختلطت لا تسكر، ولا تصلح للإسكار مع أمثالها، فظهر الفرق.

قاعدة: إذا نصب الشرع سببا لاشتماله على حكمة، اختلف العلماء فى الاقتصار على عين السبب؛ لأن الشرع لم ينصب غيره، ويجوز اعتبار الحكمة [صونا][١] لأنها أصل وضع السبب، والأصل أقوى من الفرع؛ كما شرع السرقة فى القطع؛ لحكمة صون الأموال، والزنا سبب للحد؛ لحكمة صون الأنساب.

وههنا شرع الرضاع سببا للتحريم، لحكمة كونه يغذى، حتى يصير جزء المرأة - الذى هو لبنها - جزء المرضع، كما يصير منيها وطمثها جزءًا من الولد فى النسب، فإذا حصلت المشاركة؛ حصلت البنوة.

فإذا استهلك اللبن عدم ما يسمى رضاعا ولبنا، ولم يبق إلا الحكمة، فهل تعتبر أم لا؟ هذا منشأ الخلاف.

وقال ابن يونس وغيره من الأصحاب: اللبن المستهلك لا يغذى.

وليس كذلك؛ لأن جسد[٢] الحيوان يحصل أجزاء[٣] الغذاء مما خالطها[٤] فى جوفه، وإن قَلَّتْ: وكثر المخالط، وذلك معلوم عند الأطباء، ويدل على عدم اعتبار[٥] هذه الحكمة إذا انفردت: أن الحرمة لا تقع بدمها، ولا لحمها، وإن غذيا الولد إجماعا، وإن الكبير يغتذى باللبن ولا يحرمه[٦].

وعلى هذه القاعدة يتخرج إرضاع الذكور، وإرضاع الكبير، والحقنة، والسعوط، والكحل، وكثير من الفروع فتأملها بفكر حسن.

فرع: فى الكتاب: كره لبن المجوسية، والكتابية من غير تحريم؛ لتولده على الخنزير والخمر وقد تطعمه ذلك خفية، ونهى - عليه السلام - عن استرضاع الفاجرة، وقال: «اتَّقُوا رَضَاعَ الحَمْقَاءِ فَإِنَّهُ يُغَذِّى».

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: لبن.
(٣) فى ط: آخر.
(٤) فى ط: خالطهما.
(٥) فى أ: ويدل على اعتباره.
(٦) فى أ: يحمه.

الفصل الرابع: فى إثباته

وفى الجواهر: إذا اتفق الزوجان عليه، اندفع النكاح، وسقط المهر إلا[١] أن يدخل، وإن ادعاه الزوج، وأنكرت، اندفع النكاح، ولا صداق إن سمع منه قبل العقد، وإلا فجميع الصداق؛ لأن اعتراف الإنسان لا يسمع على غيره، وإن ادعت هى، وأنكر الزوج، لم يندفع إلا أن يشهد بسماع ذلك منها قبل العقد، ولا تقدر على طلب المهر، إلا أن يكون دخل بها؛ مؤاخذة لها بإقرارها، وإقرار أبوى الزوجين قبل النكاح كإقرارهما أجمع عليه مالك، وأصحابه؛ لأن لهما مدخلًا فى العقد فيؤاخذان بإقرارهما وأما بعد النكاح فلا، إلا أن ينزه عنها؛ لأنه إقرار على الغير حينئذ ويتهمان فى إسقاط المهر بالفسخ.

وأما الشهادة: فتثبت بشاهدين.

وقال (ش): لا بد من أربع نسوة.

وقال (ح): لا بد من رجلين، أو رجل وامرأتين ولا يستقل به النساء.

ويثبت عندنا بامرأتين، إن فشا ذلك من قولهما حتى يكون[٢] شهادة سماع، وإلا فلا؛ لأنه من أحكام الأبدان لا تقبل فيه شهادة النساء، وقاله مطرف فى الرجل وامرأة[٣] واحدة.

وإن قاما حين العلم بالنكاح - إذ لا يتهمان - جعله من باب الرواية.

قال ابن حبيب: وعليه جماعة الناس، وأم أحد الزوجين، قيل: كالأجنبية، وقيل: أرفع منها؛ لاختصاصها بالاطلاع ونفى التهمة، وكذلك أبو الزوجة، هل كالأجنبى إذا لم يتول[٤] العقد أم لا؟ فإن تولاه فهو كأحد الزوجين، فإن أجبر، ثم تولاه، فسخ، فإن أخر حتى كبر الولد، وصارت الولاية إليه فهل يفسخ؛ نظرا لتوليه، أم لا يفسخ فيكون شاهدا نظرًا[٥] لفسخ ولايته؟ خلاف.

وابن حنبل لم يفرق، [فيستحب التنزه][٦] وفى الكتاب: اعتراف الأب يؤاخذ به

(١) فى أ: الأول.
(٢) فى أ: تكون.
(٣) فى ط: والمرأة.
(٤) فى أ: يتناول.
(٥) فى أ: ناظرًا.
(٦) سقط فى ط.

فيفسخ العقد؛ لأنه مقر على فعل نفسه.

ولو اشترى جارية، أو أراد شراءها، أو خطب امرأة، فقال الأب: قد تزوجت الحرة، أو وطئت الأمة، لم يقبل؛ لأنه ليس مقرا على فعل نفسه، وكذلك الأم وإن فشا من قولها قبل العقد؛ لأنها ليست عاقدة.

قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إذا أقرت المرأة بالرضاع، وصدقها، رجع عليها بالصداق إلا ربع دينار؛ كالغارة فى العدة، فإن[1] لم يصدقها، لم يسمع منها؛ لأنها تتهم على فراقه، وإن صدقها قبل الدخول لم يترك لها شىء.

نظائر:

قال أبو عمران: يشهد بالسماع فى أربعة عشر موضعا:

الرضاع، والحمل، والحبس، والنسب، والولاء، وهل يقضى بالمال فقط أو بالنسب؟ قولان، والموت، والنكاح وتولية القاضى، وعزله، والوصية، وترشيد السفيه، واليتيم، والولادة.

زاد العبدى ما تقادم عهده من الأشربة، والعدالة، والجرح، والإسلام، والكفر، وأن فلانا وصى.

زاد ابن بشير: الصداقات المتقادمة، والحيازات، والحرية، والقسمة.

وقال: هى ثلاثة وعشرون، وعد جميع ما تقدم.

الفصل الخامس فيمن يحرم منه[2]:

وفى الجواهر: يحرم منه أصول ثلاثة: المرضعة فتصير أُمًّا، وزوجها، فيصير أبا، والصبى فيصير ابنا، والفروع المرتبة على هذه الأصول، كحرمة النسب؛ لقوله - عليه السلام -: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[3] متفق على صحته.

فيحرم على الراضع أمهات المرضعة بالنسب، والرضاع؛ لأنهن جدات، وأخواتها نسبا، ورضاعا؛ لأنهن خالات؛ وأولادها نسبا ورضاعا؛ لأنهن أخوات، وكذلك فروع هذه المحرمات على قانون النسب، فلا يستثنى [إلا][4] أولاد

---

(١) فى ط: وإن.
(٢) فى أ: تحرمه منه.
(٣) تقدم.
(٤) سقط فى أ.

الأعمام، والعمات؛ كالقرابات.

ولا تحرم المرضعة على أبى الرضيع، ولا أخيه؛ لأنه أجنبى منها. وقال غيره: كل ما يحرم(١) من النسب يحرم من الرضاع إلا أم ابنه من الرضاع وأخت أبيه لأنه أجنبى منهما، وهو متفق عليه.

تفريع: فى الكتاب: إذا أرضعت صبيا بعد فطام ولدها؛ فهو من زوجها، وكذلك لو أرضعته وهى حامل، أو درت من غير حمل، وهى متزوجة؛ لأن اللبن بسبب وطء الزوج، ولو انقضت عدتها، وهى ترضع فحملت من الثانى، فأرضعت صبيا، فهو ابن لهما.

قال اللخمى: اللبن يكون للفحل بثلاثة أسباب: أن يوجده، أو يكثره، أو يباشر منيه الولد فى البطن.

وإذا أصابها وهى ذات لبن من غيره، ثم أمسك عنها حتى عاد اللبن إلى ما كان عليه - سقط حكم الوطء.

قال مالك: وإذا وطئ أمة حاملا من غيره، وقعت الحرمة بالوطء، ويعتق ذلك الولد على الواطئ بالسراية؛ لأنه ابنه، ولم يوجب سحنون العتق، وإن ولدت جارية لم تحل له لأنها ابنته.

وإذا أصاب أمة رجلان فأتت بولد فألحقته القافة بأحدهما، وقعت الحرمة بينه، وبين الآخر، قاله محمد.

وإذا تزوج امرأة فى العدة، فأصابها قبل حيضة، أو أصاب أمة قبل الاستبراء، فحدث لها لبن، صارت الحرمة للواطئ الثانى.

وقال ابن شعبان فى هذين: لا حكم للثانى؛ تغليبًا للأصل، وفى الأمة تلحق القافة الولد بأحدهما تسقط أبوة الآخر.

قال ابن يونس: لبن المرضعة بلبن الزنا يعتبر فى حقها دون الزانى؛ لسقوط نسبه الذى هو أصل الرضاع ولبن الملاعنة يحرم الرجل والمرأة؛ لقبوله الاستلحاق.

وقال ابن حبيب: اللبن فى الوطء بالعقد الفاسد، وبالزنا يحرم من الطرفين؛ لأنه لبن الرجل، وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه الولد لا يحرم لبنه

---

(١) فى ط: حرم.

الفحل[1]؛ إلحاقا للرضاع بالنسب، ثم قال: يحرم؛ نظرا لوجود اللبن.

والعم من الرضاع لا يحرم أخوه من النسب، ولا الرضاع كما لا تحرم أخت من أرضعته الأم؛ لانقطاع النسب بين الجنينين[2]، وكذلك أخت أخ النسب من الرضاع.

ويحرم الجمع بين المرأة، وخالتها من الرضاع كالنسب.

ولو تزوج صغيرتين، فأرضعتهما كبيرة واختار واحدة وفارق الأخرى، ولا يفسد العقد كما يفسد العقد على الأختين؛ لانعقاده صحيحا، فإن كن أربعا، فأرضعت واحدة، ثم أخرى، فاختار الثانية، ثم أرضعت ثالثة أيضا، فإن فارق الثالثة، فأرضعت رابعة، حبس الثالثة إن شاء، أو الرابعة، وفارق الأخرى، فإن أرضعتهن كلهن، فله اختيار واحدة منهن.

ولا يرى ابن القاسم فى المفارقة صداقا؛ لأنه فسخ قبل الدخول.

وقال محمد: لها ثمن صداقها؛ لأنه لو فارقهن كان عليه نصف الصداق بينهن.

وقال ابن حبيب: يعطى كل مفارقة نصف صداقها؛ لأنه مختار، وليس كالفسخ، واختياره فسخ بغير طلاق عند ابن القاسم، لعدم الصداق عنده، وبطلانه عند غيره، ولا شىء على المرضعة لهن، وإن تعدت عند ابن القاسم؛ لعدم وجوب شىء على الزوج؛ لأنه غير مطلق وعليها للزوج ما غرم، كالرجوع على الشاهد عند من يقول للمفارقة صداق.

فرع: قال: لو مات الزوج قبل اختياره، فصداق واحد للجميع، وتتفق الأقوال كلها لثبوت نكاح واحدة، فيقع التداعى فى صداقها.

قال ابن حبيب: وكذلك المجوسى يسلم على[3] عشر نسوة قبل البناء، فيختار أربعا، فيعطى كل مفارقة نصف صداقها.

فرع: فى الكتاب: إذا تزوج كبيرة، ورضيعتين فى عقد، وسمى لكل واحدة صداقها، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل البناء فالكبيرة فى عصمته، أو بعد فراقها حرمت للأبد؛ لأنها أم نسائه دونهن؛ لعدم الدخول، والصغيرة، وهن الربائب بعد

---

(١) فى ط: للفحل.
(٢) فى أ: الحزبين.
(٣) فى ط: عن.

بناته بها فله الصداق.

وحرمت الصغيرة معها بغير صداق، فإن فارق الكبيرة بعد أن مسها، أو التذ منها فتزوج صغيرة بعد عشرين سنة، فأرضعتها، حرمت الصغيرة، ولو أرضعها أهل الأرض حرمن عليه؛ لأنهن أمهات نسائه.

وفى الجواهر: لا غرم على المرضعة على المنصوص.

واستقر[1] اللخمى: الغرم على المتعدية، فلو ارتضعت نائمة فلا غرم عليها قولا واحدا.

فرع: قال: لو تزوجت المطلقة صغيرًا، فأرضعته، حرمت على المطلق؛ لأنها صارت أم[2] ابنه وكذلك المستولدة.

فرع: قال: إذا تزوج رجلان كبيرة، وأخرى رضيعة، ثم تزوج كل واحد منهما امرأة الآخر، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، حرمت الكبيرة عليهما؛ لأنها أم الصغيرة التى كانت امرأتهما، والصغيرة ربيبة، فينظر دخل بالكبيرة أم لا؟

فرع: قال: تحته امرأتان، أرضعت الكبيرة بلبنها الصغيرة، حرمتا؛ لأن الكبيرة أم امرأته والصغيرة ابنته، فإن كان اللبن لغيره، فالصغيرة ربيبته، إن دخل بالكبيرة حرمتا، وإلا فالكبيرة وحدها، فلو كان مع الكبيرة ثلاث صغائر، فأوجرن لبنها من غيره دفعة واحدة، وهى مدخول بها - حرمن مع الكبيرة، أو غير مدخول بها حرمت، وحرم الجميع بينهن، وإن كان اللبن له، حرم الجميع دخل أم لا؛ لأنهن بنات لا ربائب.

فلو كان للكبيرة ثلاث بنات أرضعت كل واحدة صغيرة، فالكبيرة جدة الصغار، وحرمت، والصغار ربائب.

المانع الرابع: اللعان

واللعن فى اللغة: البعد سميت هذه الأيمان لعنا؛ إما لذكر اللعنة معها، وإما لبعد الزوجين فى هذه الحالة من الائتلاف بالزوجية، وودها؛ وإما لأنها محرمة عليه إلى الأبد وهو بعد.

---

(١) فى أ: واستقرأ.
(٢) فى ط: امرأة.

ويتمهد هذا المانع بالبحث عن السبب المبيح للقذف، ثم عن حقيقة ما يوجب اللعان منه، ثم بيان الملاعن، والملاعنة، وصفة اللعان، وثمرته فهذا ستة أبحاث(١).

البحث الأول: فى الأسباب المبيحة للقذف، وهى ثلاثة:

السبب الأول: الدفع عن النسب؛ لئلا يختلط به غيره، فيتزوج(٢) غير الولى، ويحجب غير الوارث، ويخالط غير القريب، وتنتشر هذه المفاسد فى الأصول، والفروع.

وفى الجواهر: اللعان لذلك واجب.

قال اللخمى: وهو سبعة أقسام: أربعة متفق عليها إذا اجتمع الاستبراء، والرؤية، وأتى بعد ستة أشهر من الرؤية، وبعيد(٣) بالأمد دون رؤية، ولا استبراء، فيقول: لم أصبها من أربع سنين، أو خمس، أو سبع على الخلاف فى أكثر مدة الحمل الذى يلحق فيه الولد أو يقول: لم أصبها بعد الوضع، أو يقول: لم تلد به.

قال أشهب: إذا قال: لم تلد به، ولم يكن رأى منها حملا حتى وضعته، إن لم ينتف منها، لاعن، وإن قال: هو ولدى، ولم تلد به؛ لحق به من غير لعان، وبقيت زوجة؛ لأنه لم يقذفها والمختلف فيه(٤): الاستبراء بانفراده، والرؤية بانفرادها، وإذا كانت ظاهرة الحمل عند الرؤية، أو لم تكن ظاهرة [وأتت](٥) به لأقل من ستة أشهر، وإذا لم يتمكن من نفيه بالرؤية بانفرادها، أو الاستبراء بانفراده، لم يحد؛ لأنه يقول: ظننته دليلا على النفى منى والحد يدرأ بالشبهة.

فرع: قال اللخمى: قال ابن القاسم، و (ش)(٦): القيام بنفى الولد على الفور عند العلم به، فإن سكت؛ بطل قيامه؛ لأن سكوته إقرار.

وقال ابن القصار: إذا قال: رجوت أن يكون ريحًا له الملاعنة إذا لم تجاوز ثلاثة

---

(١) فى ط: ستة مباحث.
(٢) فى ط: فيزوج.
(٣) فى أ: ومه.
(٤) فى ط: فالمختلف فيها.
(٥) سقط فى أ.
(٦) سقط فى أ.

أيام بعد الوضع، أو يظهر ما يدل على الرضا مثل: قبول التهنئة قبل الثلاث، ويشهد لذلك حديث المصراة.

وإذا لاعن للرؤية، ثم ظهر حمل: قال ابن القاسم: يكفى اللعان الأول.

وقال عبد الملك: يلاعن؛ لأن الأول لم يكن للولد، ولولا ذلك لم يكن عليه أن يسأل عن الاستبراء، وهو يرجع إلى الخلاف فى جواز الاقتصار على قوله فى النفى: زنت، فإن أكذب نفسه فى اللعان الثانى، لحق به، ولم يحد؛ لإسقاط اللعان الأول الحد إلا على قول عبد الوهاب: أن أصل اللعان لنفى النسب، وسقوط الحد تبع.

وفى الإكمال: روى عن مالك: لا ينفى الحمل إلا بعد الوضع.

وقال (ش): يلاعن بالقذف المجرد عن رؤية الزنا، وفى نفى الحمل لمالك(١) قولان فى ذلك.

فرع: فى الجواهر: إنما يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج، أما إذا لم يمكن، إما لقصر المدة عن ستة أشهر، أو لطول المسافة بين الزوجين، [أو لصبا الزوجين](٢)، أو لا يولد له - فلا يلاعن، ويلحق الولد لباقى(٣) الأنثيين إن كان يولد لمثله فى العادة، بخلاف باقى الذكر، إلا أن يولد لمثله عادة، والإقرار بالوطء بين الفخذين مع الإنزال يلحق الولد، ولا يلاعن له، ولو وطئ أمته، ثم امرأته قبل قوله وأمسك عنها لحق الولد، ولا لعان؛ لاحتمال أن يكون فى إحليله من الأول ماء.

قال الأبهرى: إذا كان الخصى، والمجبوب [ينزلان](٤) لاعنا، ويلاعن الشيخ الكبير، والعنين فى الرؤية، ونفى الحمل؛ لوجود الإمكان.

فرع: فى الجلاب: إذا أقر بحملها، ثم ادعى رؤية الزنا، فثلاث روايات:

يحد، ويلحق به الولد، ولا يلاعن بإقراره بالحمل، وهو سبب أصل مشروعية اللعان، ويلاعن، وينتفى عنه؛ لأن الإقرار قد يكون عن ظن كاذب، ويلحق به الولد لإقراره، ويلاعن؛ لدرء الحد؛ كما لو رمى من لا تلد.

---

(١) فى أ: ولمالك.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: للباقى.
(٤) سقط فى أ.

فرع: قال: إذا ماتت فى غيبته بعد الولادة، فله نفيه بعد موتها؛ حفظا للنسب، ويرثها.

السبب الثانى: التشفى بانفراده، وإن لم يكن بها حمل إذا تيقن[١] الزنا.

وفى الجواهر: يباح له عند ذلك، ولا يجوز اعتماده على العزل.

السبب الثالث: فى الجواهر: دفع العقوبة عن نفسه [سواء أكان حدًّا، أو تعذيرًا][٢].

البحث الثانى: فى القذف الموجب للعان، والأصل فى القذف: التحريم، وإيجاب الحد؛ كما هو فى الأجنبى، وإنما أبيح للزوج؛ لضرورة حفظ النسب، وتشفى[٣] الصدور.

ولما خرج من حيز التحريم لم يناسب العقوبة بالجلد مطلقا، بل عند عدم ظهور الغرض الصحيح، وجعل له مخلص بالأيمان المباحة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ. وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ. وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ. وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦].

تفريع: فى الكتاب: يجب اللعان باثنين متفق عليهما: رؤية الزنا، كالمرود فى المكحلة، ونفى حمل يدعى قبله الاستبراء، وواحد مختلف فيه، وهو قذفها من غير دعوى رؤية، ولا نفى حمل.

قال ابن القاسم: أكثر الرواة على أنه يحد، ولا يلاعن؛ لأن الأيمان إنما تنزلت منزلة البينة فى درأ الحد عنه وتوجهه عليها [والسند لا بد أن يصف][٤] ولا يقتصر على مجرد القذف.

ولابن القاسم قولان.

قال ابن يونس: يكفى فى دعوى الاستبراء حيضة لحصول براءة الرحم بها، قاله مالك، وأصحابه إلا عبد الملك واشترط ثلاثا، ورواه عن مالك، وقيل: لا يحتاج

---

(١) فى أ: انتفى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: شفاء.
(٤) فى أ: والبينة أن نصف.

إلى صفة الرؤية؛ لأن الآية لم تشترطها.

والفرق: أنه محتاج لحفظ نسبه، ولا حاجة للشهود، فغلظ عليهم طلبا للستر.

وفى الكتاب: إذا ولدت ميتا، أو مات بعد الولادة، ولم يعلم به لغيبة، أو غيرها، فنفاه - لاعن؛ لأنه قاذف، وإذا زنت فحدت، ثم قال: رأيتها تزنى، ولم يقذفها بالزنا الأول - التعن للتشفى أو لنفى الحمل، فإن أكذب نفسه لم يحد؛ لأنه قاذف زانية.

وفى الجواهر: لو لاعنها فأبانها ثم قذفها بتلك الزنية فلا حد ولا لعان؛ لاستيفاء موجبه قبل ذلك.

وقال ربيعة: يحد، وإن قذفها بزنية أخرى، فإن كانت لم تلاعن، وحدت، لم يجب الحد؛ لسقوط حصانتها بتلك الزنية بموجب لعانه، وإن لاعنت وجب الحد، وإن قذفها أجنبى فأولى بالحد؛ لأن أثر لعان الزوج لا يتعدى لغيره.

قاعدة: الحصانة لا تعود بالعدالة؛ لأن الله - تعالى - إنما أوجب الحد فى المحصنات، فمن ثبتت جنايته بالزنا ذهبت حصانته، وهذا مقام يتزلزل فيه الفكر، وتضطرب العبر فكيف يصير المقذوف من أهل الولاية والعدالة، وجانبه مهضوم والزنية الثانية التى رماه بها، أو رمى المرأة لم يقم عليها مصدق للرامى، وأى فرق بين هذه الأذية ههنا، وبين أذية من لم يتقدم له زنا، وهما موليان مؤذيان للرمى أذية ظاهرها الكذب؟ أما إذا رمى بالفرية الأولى، فهو صادق، فلا يلحق بمحل الإجماع بالحد بل التعزير.

والجواب عن الأول يتخرج على قاعدة، وهى: أن الله إذا نصب سببا لحكمة، اختلف العلماء: هل يجوز ترتيب الحكم على تلك الحكمة حيث وجدت؛ لأنها الأصل فى اعتبار ذلك السبب؟ أو لا يجوز؛ لأن الله - تعالى - لم ينصبها وهو الصحيح عندهم؟ كما نصب السرقة سببا للقطع؛ لحكمة حفظ الأموال فمن أخذ مالا بغير السرقة لا يجوز قطعه، ونصب الزنا سببا للرجم؛ لحكمة حفظ الأنساب، فمن سعى فى لبسها بغير الزنا لا يجوز رجمه، وكذلك ههنا شرع القذف سببا للحد؛ لحكمة حفظ الأعراض، وصونا للقلوب عن الأذايات.

لكن اشترط فيه الإحصان ومن جملة عدم مباشرة الزنا، فمن باشر فقد انتفى فى حقه عدم المباشرة فإن النقيضين لا يصدقان، والعدالة بعد ذلك لا تنافى كونه باشر،

فإن لاحظنا الحكمة دون السبب كان ذلك لحسن إيجاب الحد [فإن اقتصرنا على خصوص السبب لا يوجب الحد][١].

ويؤكد ذلك أن الحدود تعبدية من جهة مقاديرها، وإن كانت معقولة الحكمة من جهة أصولها، والتعبد لا يجوز التصرف فيه، فظهر أنه لا يلزم من الاستواء فى الأذية الاستواء فى الحد.

فرع: فى الجواهر: إن قذفها أجنبية، ثم تزوجها، وقذف، فلاعن - اندفع الحد الثانى واستوفى الأول؛ لأن اللعان لا يدفع قذفا قبل الزوجية.

فرع: فى الكتاب: إذا قذفها، وقد كانت غصبت، التعن.

وقال غيره: إن قذفها بغير الغصب، تلاعنا جميعا، وإن غصبت، واستمرت حاملا لا ينتفى إلا بلعان، ولا تلتعن هى؛ لأنها تقول: إن لم يكن منك، فمن الغاصب.

قال ابن يونس: قال محمد: هذا[٢] إن علم الغصب برؤيتها[٣] متعلقة تدمى، أو غلب عليها، وإن انفردت دعواها، فلا بد من اللعان.

قال مالك: وتقول: أشهد بالله ما زنيت، ولقد غلبت على[٤] نفسى.

قال محمد: وتقول فى الخامسة: أن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين ولا يسقط عنها موافقة الزوج لها على الغصب، وإن كان الحمل؛ لأنه حق لله.

قال صاحب النكت: تصديق الزوج على الغصب لا ينفى الولد منه باللعان، بخلاف تصديقه على الزنا عند ابن القاسم؛ لانتفاء التهمة متى وجه[٥] الحد عليها، فصدقت على قطع النسب، ولو رجعت عن إقرارها قبل الحد استوى المسألتان، ويقبل دعوى الغصب من ذات الزوج من غير حد فيما ظهر من حمل؛ لقدرتها على الإلحاق[٦] بالزوج بخلاف الغرية إلا أن يصح، وتفضح نفسها.

فرع: قال ابن يونس: إذا أنكر حمل امرأته قبل البناء، ثم مات، لحقه؛ لعدم لعانه ولها الصداق؛ لأن الموت يكمله، وإلا تلاعنا؛ لأن سبب لعانها لعانه [ولم

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: هو.
(٣) فى أ: بريتها.
(٤) فى أ: عن.
(٥) فى ط: يتزوجه.
(٦) فى أ: اللحاق.

يوجد، وترث.

فى الكتاب: القائل وجدتها معه فى لحاف، أو تجردت له][1]، أو ضاجعته، لم يلتعن، ويؤدب إن لم تكن له بينة حتى يصف الوطء، ولم يجعل هذا تعريضا بالقذف كما فى الأجنبى؛ لعذر الزوجية.

وقال: ابن الملاعنة، أو أمه، يوجب الحد؛ لقبول اللعان للاستلحاق، ولو قذفها زوجها بعد اللعان حد، قاله ربيعة.

قال ابن يونس: قيل: يحد بذكر المضاجعة؛ كما لو قاله الأجنبى، ولو طالبته بذلك فقال: رأيتها تزنى، فله الملاعنة.

قال ابن القاسم: ولو قذفها أجنبى بعد لعان الزوج؛ أخر حتى يلتعن أولا، وإلا فلا؛ لثبوت زناها.

وقال أشهب: لا يؤخره، ولو قذفها قبل تمام لعان الزوج، لم يؤخر، وإن أخر لم يسقط الحد إذا التعنت.

وخالف محمدٌ ربيعةَ فى حد الزوج بقذفه بعد اللعان؛ لأنه إنما لاعن لقذفه.

قال سحنون: وإذا قذفها بمعين، فحد له سقط اللعان وحق الزوجة؛ كقاذف رجلين يحد لأحدهما، وإذا طولب باللعان فنكل فيحد، سقط حد الرجل.

وفى الكتاب: القائل: رأيتها تزنى بفلان فيلاعن، فتحد لفلان؛ لبقاء حقه، والمنكر للون ولده لا يلاعن؛ لما فى مسلم: أنه - عليه السلام - أتاه أعرابى فقال: يا رسول الله: إن امرأتى ولدت غلاما أسود وإنى أنكرته، فقال له - عليه السلام -: «هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ»؟ قال: نعم. قال: «مَا لَوْنُهَا»؟

قال: حمر. فقال: «هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ»؟

قال: نعم. قال - عليه السلام -: «فَأَنَّى هُوَ» قال: لعله يا رسول الله نزعة عرق. فقال له - عليه السلام -: «وَهَذَا لَعَلَّهُ يَكُونُ نَزْعَةُ عِرْقٍ لَهُ» زاد البخارى «وَلَمْ يُرَخِّصْ لَهُ فِى الانْتِفَاءِ مِنْهُ»[2].

وإذا لم يرفع القذف إلى الإمام، لا شىء فيه.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) هو من حديث أبى هريرة أخرجه البخارى (١٣/ ٢٩٦) كتاب الاعتصام: باب من شبه أصلًا معلومًا (٧٣١٤)، ومسلم (٢/ ١١٣٧) كتاب اللعان (١٨ - ١٥٠٠).

قال اللخمى: إذا قال: أقرت عندى بالزنا حد، ولم يلاعن؛ لجواز حمل الإقرار على قبل الزوجية والأصل فى القذف: الحد، واللعان.

فرع: وإذا قال: لم أجدك عذراء، لا يحد، ولا يلاعن؛ لأن العذرة تذهب بالوثبة والحيض والتعنيس[1].

فرع: فى الجواهر: قال القاضى أبو بكر: لا يمنع إقامة البينة على القذف من اللعان، وقوله - تعالى -: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور:٦] خرج مخرج الغالب، فسقط مفهومه إجماعا [وبه قال (ش)، خلافًا لـ (ح).

وفى الكتاب: إذا شهد عليها أربعة، أحدهم زوجها، لاعن الزوج وحد][2] الثلاثة؛ لرد شهادته بالتهمة.

قال ابن يونس: قال مالك: فإن رجمها الإمام، ثم علم بذلك، لم يحد الثلاثة؛ للقضاء بشهادتهم، ويلاعن الزوج؛ لأنه قذف، فإن نكل حد ثم لا قصاص على الإمام؛ للخلاف فيه كشهادة العبد.

وقال ابن أبى زمنين: إذا علم ذلك قبل الرجم، فعرض اللعان على الزوج، فإن فعل قيل لها: التعنى، فإن فعلت حد الثلاثة وإلا حدت دونهم؛ لأنه حق عليها ما شهدوا به.

فرع: قال: ويكفى نسبتها لوطء حرام فى القبل، والدبر، فإن قذفها بأجنبى، وذكره فى اللعان، ليس على الإمام إعلامه؛ لأنه يبلغه غالبا.

وروى ذلك؛ لقوله - عليه السلام - فى مسلم: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[3]، وليس الستر الإعلام فإن الحدود يؤمر فيها بالستر.

فإن قام المقذوف بالحدود، وحد له.

قال سحنون: يسقط اللعان؛ لتداخل حدود القذف، وإن[4] لم يعين لم يحد؛

---

(١) فى ط: والتغييس.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٣) هو من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٢) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الرجم (٦)، والبخارى (١٢/ ١٧٩) كتاب الحدود: باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤ - ١٣٢٥) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥ - ١٦٩٧ - ١٦٩٨).

(٤) فى ط: فإن.

لعدم أذية غير المعين، فلو قذف امرأتين بكلمة واحدة فقامت إحداهما فقال: كذبت عليك فجلد، ثم قامت الأخرى فلا حد؛ لتداخل الحدود، فلو قال بعد الحد: كذبت عليكما، أو التي قامت أخيرا: صدقت عليك، حد؛ لأنه يصدق بعد الحد.

ولو قال للتي حد لها: صدقت عليك، حد عند ابن القاسم لها ثانيا، خلافا لابن المواز.

فرع: إذا ادعت القذف، فأنكر، فأثبتته، حد إلا أن يدعي رؤية فيلتعن، ويقبل منه بعد جحوده، بخلاف الأجنبي؛ لأنه مأمور بالستر.

فلو أنشأ قذفا آخر فله اللعان، [ولو قامت بينة على إقراره بولد لاعن منه][١]، وهو منكر، لحق به وحد.

قال محمد: إلا أن يكون اللعان عن الرؤية مع نفي الحمل فلا حد؛ لبقاء لعان الرؤية.

فرع: قال: قال ابن محرز: إذا لاعن الكتابية بنفي الحمل، ثم استلحق الولد، ثم طلب الولد الحد لقطع نسبة، لم يحد الأب؛ لأن المقصود بالقذف أمه دونه، وهو كمن عرض بقذف ولده، لا يحد؛ لبعده عن التهمة في ولده، فلا يؤاخذ إلا بغير المحتمل كقتله.

فرع: قال: ولو امتنع عن اللعان، وتعرض للحد، فله الالتعان حينئذ، وهل ذلك للمرأة أم لا؟

قال بالأول: أبو بكر بن عبد الرحمن؛ قياسا على النكول في الزنا.

وبالثاني: قال أبو عمران.

والفرق: تعلق حق الزوج بالنكول في اللعان بخلاف الزنا.

[فرع: قال: إذا قال: زنيت وأنت صغيرة، أو أمة، أو نصرانية؛ حُد عند ابن القاسم وإن أقام بينة، ورآه تعريضًا:

قال أشهب: لا يحد في غير المشاتمة ويحد في المشاتمة إلا أن تقوم بينة][٢].

فرع: قال: إذا مات الولد فله اللعان، وإن لم يكن للولد ولد حي.

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في ط: ولو أقامت بينة على إقراره بذلك لاعن منه.

(٢) ما بين المعقوفين سقط في أ.

ولو نفاه فلما مات استلحقه، قبل: إن كان للميت ولد، وإلا فلا؛ لتهمة الميراث.

البحث الثالث: فى الملاعن.

وفى الجواهر: له شرطان: أهلية اليمين، إلا الكافر، وقاله (ش) غير أن الذمية تلاعن؛ لدفع العار عنها، وينقطع النكاح بلعانها، فإن أبت فهما على الزوجية، وترد على أهل دينها العقوبة؛ لأجل خيانة زوجها.

الشرط الثانى: الزوجية، وقاله (ش) فكل نكاح يلحق فيه الولد، وإن فسخ؛ لاندراجه فى الآية فيخرج الأجنبى، ويتدرج[1] المطلق الرجعى؛ لأنه زوج، فإن قذفها ثم أبانها، لاعن لدفع النسب أو الحد لتقدم اللعان حين الزوجية، وإن قذف بعد البينونة؛ لاعن للحمل فقط، ويحد لغيره؛ لأنه ليس زوجا، وإن قذفها فى عدتها من الطلاق البائن بالرؤية، لاعن، وإن لم يكن بها حمل؛ لأنها من آثار الزوجية.

وقال محمد: يحد؛ لعدم الزوجية، [وإن قذفها فى النكاح بزنا قبل النكاح؛ لم يلاعن، ويحد؛ لانتفاء ضرر الزوجية][2] حين الفاحشة، خلافا لـ (ح).

تفريع: فى الكتاب: يلاعن الأعمى فى الحمل يدعى الاستبراء، وفى القذف؛ لأنه قد يعلم الزنا باللمس والأخرس بالإشارة وبالكتابة[3].

وقاله (ش) خلافًا لـ (ح) ؛ لحصول فهم المقصود.

وإن رأى الزوج الحمل ظاهرا، فسكت حتى وضعته، أو قامت بينة أنه رآه يوما أو يومين ولم ينكره، أو أقر به، ثم نفاه؛ لم ينفعه النفى، ويحد للمسلمة دون الأمة.

والقائل: رأيتها تزنى اليوم، ولم أجامعها بعد ذلك، ووطئتها قبل الرؤية، ولم أستبرئ، يلاعن، ولا يلحق به ما تأتى به إلا أن تأتى لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية.

ولمالك - أيضا - لا يلحق به.

وقال - أيضا -: ينفيه وإن كانت حاملا؛ لأن مثلها لا يؤمن.

قال ابن القاسم: وأحب إلى أن يلحقه الحمل الظاهر يوم الرؤية؛ لأن الأصل عدم الزنا قبل ذلك.

---

(١) فى أ: وينطلق.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى ط: والآخر بالإشارة وبالكناية.

وقال المخزومى: إن أقر بالحمل وادعى رؤية لاعن، وإن أتى لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية؛ لحق وإلا فلا إلا أن يستلحقه بعد ذلك.

وإن قذفها فبانت وتزوجت، فقامت بالقذف تلاعنا؛ لتقدم حال الزوجية، ويحد الممتنع منهما، ومن لم تعلم خلوته بامرأته، وأنكر ولدها، ومسيسها وادعتهما هى، وهما ممكنان، لا ينتفيان(١) إلا بلعان، طلق أم لا؛ لأن الولد للفراش مع الإمكان، وإذا لاعن فليس لها إلا نصف الصداق، ولا سكنى لها، ولا متعة.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن اختلفا فى تاريخ العقد حتى يكون الولد لأقل من ستة أشهر على رأى الزوج، فلا بد من اللعان؛ لتساوى التداعى.

قال اللخمى: ويقول فى اللعان: أشهد بالله إنه لمن الصادقين، وما تزوجتها إلا من خمسة أشهر، وتقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وما تزوجنى إلا من سبعة أشهر، وإنه منه.

فرع: قال صاحب الإكمال: إذا وجد مع امرأته رجلا فقتله:

قال (ش): يقتل به إلا أن يأتى بأربعة شهداء.

واكتفى أحمد بشاهدين.

قال ابن القاسم: يهدر دمه كان محصنا أم لا؛ إلحاقا له بالمحارب، وتستحب الدية فى غير المحصن.

فرع: فى الجلاب: إذا رماها بالزنا فأقرت به، ثم أتت بحمل، فروى: ينتفى بغير لعان؛ لاعترافها.

وروى: لا ينتفى إلا باللعان؛ لحق الولد.

البحث الرابع: فى الملاعنة:

وفى الكتاب: اللعان بين كل زوجين، كانا حرين، أو مملوكين، أو أحدهما، أو محدودين، أو كتابية تحت مسلم، بخلاف الكافر؛ لعموم الآية، وعدم اندراج الكافر؛ لبطلان عقدهما؛ ولعدم توجه الحد عليهما فى القذف.

وأما الأمة، والكتابية فلا يلاعن الزوج فيهما إلا لنفى الحمل إذا ادعى الاستبراء،

---

(١) فى أ: ينفى.

و رؤية لم يمس[١] بعدها، ولا يلاعن لرؤية؛ لأنه لا يحد قاذفها، فإن أحب ذلك لتحققه عليهما لم يمنع.

وقال (ح): إذا كان أحد الزوجين مملوكا، أو ذميا، أو محدودا في قذف، أو كانت المرأة ممن لا يحد قاذفها، فلا لعان بينهما؛ لأن اللعان [لا يكون إلا لمن له أهلية الشهادة][٢].

وجوابه: أنه لو كان شهادات لما قبل من المدعى، ولما شرع فيه اللعان، والغضب، بل الحق: أن فيه شائبة الشهادة.

قال ابن يونس: قال سحنون في حر تحته أمة، فابتاعها، ثم ظهر بها حمل: إن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء، أو قد أصابها بعد الشراء، لاعنها؛ لأنه زوج.

أو لستة أشهر بعد الشراء، أو الوطء، لحق به؛ لاحتماله من مسيس الملك.

وإن لم يمسها بعد الشراء، ووضعته لما يشبه أن يكون من وطئه لما كان زوجا لخمس سنين فاللعان بينهما.

وفي الجواهر: إذا اشترى أمة[٣] وظهر بها حمل، فإن علمه يوم الشراء، أو أتت به لأقل من ستة أشهر، فالولد للنكاح ما لم يطأها بعد الشراء [وتأتى به لأكثر من ستة أشهر.

وروى سحنون: إذا لم يطأها بعد الشراء][٤] بحيضتين، فهو للواطئ بعد الشراء، ولا ينفيه، استبرأها بعد الوطء أم لا، إلا أن يدعى استبراءها بعد الوطء.

قال اللخمي: إذا كانت مسلمة، والزوج نصرانيا، إما لأنها أسلمت قبله، أو تعدت في تزويجه على القول بأنها لا تكون بتزويجه زانية - لاعن بقذفها، فإن نكل حد، وإن لاعن ونكلت، لم تحد بأيمانه؛ لأنها أقيمت مقام الشهادات[٥].

وفي الكتاب: يلاعن من لا تلد[٦] لصغر أو كبر إن كانت الصغيرة قد جومعت،

---

(١) في ط: يتبين.
(٢) في ط: شهادات لا تكون إلا لمن له أهلية الشهادات.
(٣) في أ: امرأته.
(٤) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٥) في ط: الشهادة.
(٦) في ط: لا يدرى.

وإن لم تحض، وتلتعن الكبيرة دون الصغيرة؛ لعدم أهلية اليمين، وعدم توجه الحد عليها، وتبقى زوجه.

قال صاحب النكت: إذا لاعن النصرانية، فامتنعت، فلها النفقة حتى تلد، وإن امتنع عن، وطئها؛ لكون الولد من غيره؛ لأنها زوجة ويجوز الاستمتاع بها؛ كما يستمتع بالحائض على الخلاف فى المستبرأة حاملا، ويلاعن النصرانية دون الصغيرة، وكلاهما لا يتعلق بنكوله حد. والفرق: أنها قد تتوجه عليها عند أهل دينها عقوبة.

فرع: قال ابن يونس: إذا توافق الكتابيون بحكمنا فى اللعان فنكلت الزوجة؛ رجمت على رأى عيسى بن دينار، ولا ترجم على رأى البغداديين؛ لفساد أنكحتهم، ويجب الحد؛ كالمتلاعنين قبل البناء.

فرع: فى الجلاب: إذا أتت المنكوحة فى العدة بولد لأقل من ستة أشهر من النكاح الثانى، أو لستة أشهر، وقبل حيضة؛ لحق الأول؛ لعدم الحيض الدال على البراءة، أو بعد ستة أشهر، وحيضة؛ لحق بالثانى؛ لوجود الأجل الصالح والدال على البراءة، إلا أن ينفيه باللعان [فيلحق بالأول إلا أن ينفيه باللعان][1] فينتفى فيهما جميعا، وإن استلحقه أحدهما، لحق به.

قال محرز[2]: والمراد: دخول الثانى دون عقده وإن [كانت المرأة تصير فراشا بالعقد؛ لقوة فراش الأول، وضعف الثانى][3]، وإن استلحقاه معا، كان للثانى، ولا تلاعن إلا مع الثانى إذا نفاه إلى الفراش الأول.

قال ابن يونس: قال أصبغ: من استلحقه منهما، حد، ولحقه.

وقال محمد: إن استلحقه الثانى دون الأول، لحقه؛ لأنه نفاه إلى غير أب، ومن استلحقه أولا لحق به، ولا دعوى للثانى فيه، ولو ادعاه الأول بعد لعانه، وقبل لعان الثانى؛ لم يقبل منه؛ لأنه للثانى حتى ينفيه، ولو استلحقاه بعد لعانهما؛ اختص بالأول، ويحرم على الثانى أبدا، وإن لم يلتعن[4]؛ لأنه ناكح فى العدة، ولا تحرم على الأول، وإن التعن؛ لأنها لم تلاعنه المغتصبة.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: قال محمد.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: يتعلق.

وقال أصبغ: إذا تلاعنا جميعا حرمت عليهما؛ لبطلان النسبة للثانى بلعانه، ولو عقد عليها حاملًا فأتت لستة أشهر فأكثر؛ فهو للآخر إلا أن ينفيه بلعانه، ولا تلتعن هى، ولحق بالأول إلا أن ينفيه وتلتعن فيلتعن فإن نكلت حدت.

تنبيه: مراد العلماء بعدم لحوق الولد لأقل من ستة أشهر، إذا كان الولد تاما، أما لو وضعته ناقصا؛ لأجل ذلك النقص، لحق به لأقل من ستة أشهر.

قاعدة: الولد يتحرك لمثل ما يخلق فيه، ويوضع لمثل ما تحرك فيه، وهو يتخلق فى العادة تارة لشهر، وتارة لشهر وخمسة أيام، وتارة لشهر ونصف، فيتحرك الأول لشهرين، ويوضع لستة أشهر، [وفى الثانى لشهرين، وثلث، ويوضع لسبعة أشهر][(١)]، والثالث لثلاثة أشهر، ويوضع لتسعة أشهر [من عجز، أو تأخر عن الأولين؛ لآفة مؤخرة][(٢)]، فلذلك لا يعيش ولد الثمانية؛ لكونه إما متقدما على التسعة؛ لآفة [من عجز][(٣)] أو تأخر عن الأولين لآفة مؤخِّرة [والذى به آفة لا يعيش فهذين القولين بمعتبر النفس][(٤)] مع الآجال.

فكل حمل قبل أجله يمتنع لحوقه ومع أجله لحق.

فائدة: فعلى هذا التقدير يكون قوله - عليه السلام -: «يُجْمَعُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ فِى بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، وَأَرْبَعِينَ صَبَاحًا»[(٥)] إشارة إلى الأطوار الثلاثة تقريبا فإن الأربعين تقرب من الثلاثين، ومن الخمسة والثلاثين.

فرع: فى الكتاب: لا تلاعن الحائض، والنفساء إذا قذفت حتى تطهر؛ حتى تقع العدة فى طهر؛ كالطلاق، وكذلك لا يطلق على المعسر بالنفقة والعنين حتى تطهر[(٦)] بخلاف المولى.

وروى أشهب: التسوية.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: يلاعن الزوج، وتؤخر هى.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: مزعجة.

(٤) بدل ما بين المعقوفين فى ط: والموصوف لا يعيش فلا يعيش فلهذه القوانين يعتبر النقص.

(٥) أخرجه البخارى (٦/ ٣٥٠) كتاب بدء الخلق: باب فى ذكر الملائكة (٣٢٠٨) من حديث عبد الله بن مسعود.

(٦) فى ط: يظهر.

فرع: في الجلاب: إذا أقر بوطء أمته لحق به ولدها؛ لقوله - عليه السلام -: «اَلْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[1] ولقول عمر - رضى الله عنه -: ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يدعونهن يخرجن، لا تأتينى وليدة يعترف سيدها بوطئها إلا لحق به ولدها.

قال اللخمى: ولا يختلف المذهب فى قبول قوله كانت من العلى، أم لا.

قال: وأرى أن يختلف فى العلى.

وفى الجواهر: إذا أقر بوطئها لا ينتفى ولدها حتى يدعى الاستبراء بغير يمين؛ لأن الاستبراء فى الإماء، كاللعان فى الحرائر.

وقيل: لا بد من اليمين؛ لأنه عوض اللعان.

ولو أنكر ولادتها، لم تلحق به إلا أن تشهد امرأتان ثقتان بولادته؛ لاحتمال التقاطه توسلا للعتق، ويقبل قول الحرة فى الولادة؛ لعدم التهمة.

إذا وطئ البائع والمشترى فى طهر واحد، وأشبه أن يكون الولد منهما لحق بمن ألحقته به القافة؛ لما فى مسلم: قالت عائشة - رضى الله عنها -: دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا، فقال يا عائشة: «أَلَمْ تَرى إِلَى مُجَزِّزٍ المدلجِيِ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ ٱلأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»[2].

قال أبو داود: وكان أسامة شديد السواد وأبوه شديد البياض، وطعنت الجاهلية عليه بذلك، فَسُر - عليه السلام - بترك الطعن عند ذلك، وهو - عليه السلام - لا يسر إلا بسبب حق.

وبالقافة قال (ش) خلافا لـ (ح) ونفاه مالك فى المشهور من الحرائر دون الإماء.

قال الأبهرى: وروى عنه التسوية ويكفى واحد عند ابن القاسم؛ لأنه من باب الخبر.

---

(١) هو من حديث عائشة أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٣٩) كتاب الأقضية: باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه (٢٠)، والبخارى (٤/ ٣٤٢) كتاب البيوع: باب تفسير المشبهات (٢٠٥٣)، وأطرافه فى (٢٢١٨ - ٢٤٢١ - ٢٥٢٣ - ٢٧٤٥ - ٤٣٠٣ - ٦٧٤٩ - ٦٧٦٥ - ٦٨١٧ - ٧١٨٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠) كتاب الرضاع: باب الولد للفراش (٣٦ - ١٤٥٧).

(٢) هو من حديث عائشة أخرجه البخارى (١٢/ ٥٦) كتاب الفرائض: باب القائف (٦٧٧١)، وأخرجه مسلم فى الصحيح (٢/ ١٠٨٢) كتاب الرضاع: باب العمل بإلحاق القائف الولد (٣٨ - ١٤٥٩).

وقيل: لا بد من اثنين؛ لأنه من باب الشهادة.

والفرق بين الحرائر والإماء: أن فراش الأول صحيح بالعقد، والثانى فاسد فاعتبر الأول دون العقد الثانى، وألحق به تارة، ولا مرجح فى وطء السيدين.

نظائر:

قال العبدى[1]: المتردد بين الشهادة، والخبر سبع:

القائف، والترجمان، قيل: يكفى الواحد، وقيل: لا بد من اثنين، وأما الكاشف عن البينات، وقائس الخراج، والناظر فى العيوب، كالطبيب، والبيطار فواحد.

قال ابن حبيب: فلو كان البيطار فاسقا، وكذلك المستنكه للسكران إذا أمره الحاكم، واختلف فى الحكمين:

قيل: اثنان.

وقيل: واحد.

ولا بد من تقويم السلع، والعيوب من اثنين.

تمهيد: الحكم يتردد بين الخبر، والشهادة فرع تصورهما، ولا يمكن تميزهما باشتراط العدد فى الشهادة، وقبول العبد، والمرأة فى الخبر؛ لأن ذلك فرع تميزها فيلزم الدور، فهذا مقام عزيز يحتاج للفقيه المحصل إلى كشفه وهو عزيز فى صدور الأئمة النبلاء، ومعدوم عند أكثر الفقهاء.

واعلم أن الشهادة - أيضا - خبر، والرواية - أيضا - خبر والفرق بينهما من جهة المخبر، والمخبر عنه.

قال المازرى فى شرح البرهان: فمتى كان المخبر عنه حكما عاما فى الأزمان، والأشخاص فهو الرواية، فيتعين قبول الواحد العدل؛ لعدم اتهامه بقصد أذية الخلق لترتيب[2] الحكم عليهم إلى أن تقوم الساعة.

ومتى كان خاصا فيهما، فهو الشهادة؛ كالإخبار عن ثبوت درهم عند زيد، فيشترط فيه العدد للتهمة، ويرد العبد[3] والمرأة؛ لتضرر المعين بالنقيصة مع الاختصاص.

---

(١) فى أ: العبادى.

(٢) فى أ: لترتب.

(٣) فى ط: ويرد الصداق.

فمتى اجتمع العموم، والخصوص، اختلف العلماء؛ لتردد الحكم بينهما؛ كالخبر عن رؤية هلال رمضان: عام فى أهل البلاد، خاص فى الأزمان فحرى الخلاف فيه لذلك.

والقائف، والترجمان إن لاحظنا فيهما نصبهما إلى الخلق[١] على العموم من غير اختصاص بمعين، ولا هما تابعان لادعاء خصم بل الحاكم هو المصرف لهما - كانا من باب المخبرين دون الشهود، وإن لاحظنا استئناف أخبارهما عند كل واقعة معينة، كانا من باب الشهود فقد اجتمع فيهما العموم من وجه، والخصوص من وجه، وكذلك من ذكر معهما.

وكذلك اختلف العلماء فى التزكية هل يكفى فيها واحد أم لا؟ إن لاحظنا أن المزكى يحصل منفعة واحدة لشخص خاص، كان شاهدا، أو أنه يوجب قبول المزكى على الخلق كافة مع الأزمان كان مخبرا، ومنهم من جعله من باب الشهادة، إن زكى شاهدا؛ ملاحظة لخصوص الشهادة ومن باب الخبر أن زكى راويًا نظرا للعموم.

ومن العلماء من قال: التردد واقع بين الحكم والشهادة، لا بين الشهادة والخبر، والحكم هو الخبر الملزم، والشهادة الخبر عن أمر خاص، والرواية خبر عن أمر عام؛ كما تقدم، وهو يظهر فى بعض هذه الفروع أكثر[٢] من قولنا، فإنك[٣] إذا اعتبرت القائف، والترجمان، والمقوم، والطبيب، والبيطار، وجدت أقوالهم ملزمة، فيندرج فى حقيقة الحكم، والحاكم واحد إجماعا، فيظهر التخريج عليه أكثر من الروية؛ لوجود الإلزام.

وإذا اعتبرت المزكى، والإخبار عن رؤية الهلال، ونحوهما تجده عريا عن الإلزام، فيتعذر تخريجه على التردد بين الحكم، والشهادة، ويتعين مقال الأصحاب.

البحث الخامس: فى صفات اللعان، والنظر فى لفظه، وتغليظه، وسننه: فلفظه: فى الجواهر: يتعين لفظ الشهادة ولا يبدل بالحلف ولا لفظ الغضب باللعن؛ اتباعا للآية.

---

(١) فى ط: للخلق.
(٢) فى أ: كثير.
(٣) فى أ: بأنا.

ويجب تأخير اللعن، ويقوم مقام اللفظ الإشارة، والكتابة من الأخرس، ولو قال بعد انطلاق لسانه: لم أرد ذلك: لم يقبل منه، ولو اعتقل[1] لسان الناطق، وهو مرجو البرء انتظر.

التغليظ بالزمان:

فى الجواهر: يلتعنان دبر الصلوات.

وقال فى كتاب محمد: أى ساعة يرى الإمام، وإثر المكتوبة أحب إلى.

وروى عن وهب: كان اللعان عندنا بعد العصر، ولم يكن سنة، بل أى ساعة شاء الإمام، وبعد العصر أحب إلى.

وقال عبد الملك: لا يكون مقطع حق إلا بإثر صلاة فجعله شرطا كالمكان.

وأما المكان: ففى الكتاب: يلتعن المسلم فى المسجد عند الإمام دبر الصلاة، والنصرانية فى كنيستها حيث تعظم، وتحلف بالله، والزوج مخير فى الحضور معها، ولا تدخل هى معه فى المسجد لجنابتها.

وفى الجواهر: يبعث الإمام للمريض عدولًا ولا يصح اللعان إلا فى مجلس الحاكم.

والتغليظ بالمكان واجب، وبالزمان مستحب، وظاهر قول مالك: الوجوب.

وأما الجمع:

ففى الجواهر: يحضر أربعة فأكثر؛ لقوله - تعالى - فى الزنا ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] فيحضرون ههنا بجامع التغليظ.

ولأن قطع الأنساب، وفساد الأعراض أمر عظيم فيغلظ فى سببه.

وأما السنة[2] فتخويفهما.

ففى الجواهر: يقال للرجل: تب إلى الله - عز وجل - تحد، ويسقط عنك المأثم، وللمرأة: نحو ذلك، ولكل واحد منهما قبل الخامسة: اتق الله فعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه هى الموجبة للعذاب؛ لقوله - عليه السلام -: فى مسلم عند الخامسة: أقيموها فقال للمرأة: «إِنَّهَا المُوجِبَةُ»[3] وفى الاستذكار:

---

(١) فى ط: أعتقد.

(٢) فى ط: سنته.

(٣) هو من حديث ابن عباس أخرجه البخارى (٣٠٣/٨) كتاب التفسير: باب ويدرأ عنها =

ليس للزوج إيقاع اللعان بنفسه دون السلطان إجماعا.

تفريع: فى الكتاب: يبدأ بالزوج؛ لأن لعانه سبب عن قذفه، فيدرأ عن نفسه الحد، وسبب للعانها؛ لأنه الموجب للحد عليها؛ لكونه مثل البينة؛ ولقوله - تعالى - بعد ذكر لعانه: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور: ٨] [فدل على توجه العذاب عليها][١] وهو الحد، فيشهد أربع شهادات فيقول فى الرؤية: أشهد بالله لرأيتها تزنى وفى نفى الحمل: أشهد بالله لزنت؛ لأن القاعدة مطابقة البينة، واليمين للدعوى، وفى الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتقول المرأة فى الرؤية: أشهد بالله ما رآنى أزنى؛ لأنها مكذبة له، فتعين دعواه فى لفظها، وفى الحمل: أشهد بالله ما زنيت أربع دعوات، وفى الخامسة: أن غضب الله عليها، إن كان من الصادقين.

قال ابن يونس: زاد أصبغ فى حلف الرؤية: تزنى كالمرود فى المكحلة، وفى حلف [المرأة فى][٢] نفى الحمل: وإنه لمنه.

وروى عن ابن القاسم فى نفى الحمل: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، ما هذا الحمل منى، ولزنت؛ لنفى احتمال الغصب.

قال أصبغ: وإن بدل مكان «إن كنت من الكاذبين» ؛ «إن كنت كذبتها» ؛ أجزئ، و المرأة فى الخامسة مكان «إن كان من الصادقين»، «إنه من الكاذبين» أجزأها، ولا يحد؛ لأداء المعنى، لكن لفظ القرآن أولى.

وقال ح: يخاطبها فيقول: فيما رميتك به، وتقول هى: فيما رميتنى به.

فرع: قال ابن القاسم: إذا بدأت المرأة لا يعاد اللعان؛ لأن دلالة الأيمان على الصدق لا تختلف.

وقال أشهب: يعاد حتى يكون بعد سببه الذى هو لعان الزوج، وتقدم الحكم على سببه يبطله.

= العذاب (٤٧٤٧)، وأبو داود (٢/ ٢٧٦) كتاب الطلاق: باب فى اللعان (٢٢٥٤) (٢٢٥٥) و(٢٢٥٦)، وابن ماجه (١/ ٦٦٨) كتاب الطلاق: باب اللعان (٢٠٦٧)، والترمذى (٣١٧٩)، وأخرجه مسلم عنه بلفظ آخر (١٢/ ١٤٩٧).

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: الرجل.

فرع: في الكتاب: يوجب النكول حد القذف عليه، والرجم عليها، إن كانت ثيبا ولا تؤخر إلا في الحمل؛ لحق الولد، وقاله (ش) وقال (ح) بحبس الناكل منهما أبدا حتى يحلف؛ لأن ضعف اللعان سبب[١] يدرأ الحد.

لنا أن قذف الزوجة لا يوجب غير اللعان.

وجوابه: أن أصل القذف: الحد حتى يخلص منه باليمين.

فرع: إذا ماتت قبل كمال لعانها.

ففي الكتاب: ورثها وإن مات بعد التعانه، فإن امتنعت من اللعان ورثته ورجمت، وإلا فلا.

قال مالك: إذا وجب اللعان فماتت قبل لعانه، لا لعان عليه، وإذا مات قبل تمام لعانه؛ فلا لعان عليها؛ لعدم السبب، وإذا التعنت بعد موته، فلا عدة عليها؛ لفواته[٢].

وقال أشهب: ترثه، وإن التعنت؛ لتأخير البينونة بعد الموت.

قال ابن القاسم: فإن التعنت قبله، ثم ماتت، فعرض اللعان عليه، فإن فعل فلا ميراث، ولا حد عليه، وإلا ورثها وحد، وإن كانت التعنت، لم أعد لعانها؛ لحصول المقصود.

وقال أشهب: أعيده؛ لتقدم يمين الطالب في الحقوق.

البحث السادس: في ثمرته: وفي الكتاب: تقع الفرقة، وإن لم يفرق بينهما الحاكم؛ لتمام لعانها[٣]، وتحرم عليه للأبد، وإن كذب[٤] نفسه بنفسه، حد، ولحق به الولد، إلا أن يبقى[٥] من لعان الزوجة، ولو مرة فتحد وتبقى له زوجة.

وقال (ح): لا يقع الفراق إلا بقضاء الحاكم، وإن كذب نفسه ولحق به الولد إن بقي من الزوجة ولو مرة، حلت له وله تزوجها بعد اللعان.

وقال (ش): يقع الفراق بلعان الزوج؛ قياسا على سقوط الحد، والنسب عنه،

---

(١) في أ: سمة.
(٢) في ط: لوفاته.
(٣) في أ: فتمام لعانهما.
(٤) في ط: أكذب.
(٥) في ط: ينفي.

وتحرم عليه أبدا؛ لما فى أبى داود: مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا[١].

وترتيب الحكم على الوصف يدل على سببيته له والمسبب متأخر عن السبب، ومرتب عليه وينتفى عند انتفائه، ولو لاعن من نفى الحمل لم تحل له؛ لاحتمال السقط، والكتمان.

وفى الجواهر: يتعلق بلعانه ثلاثة أحكام:

سقوط الحد، وانتفاء النسب، وتوجه الحد عليها.

وبلعانها ثلاثة أحكام:

سقوط حدها، والفراق، وتأبيد التحريم.

وقيل فى هذين: يتعلقان بلعانه.

قال ابن يونس: وفرقتهما فسخ، وقاله (ش) وقال (ح): طلقة بائنة.

لنا: أنهما مجبوران على الفسخ، فيكون بغير طلاق؛ كالرضاع، وقبل البناء لا صداق لها؛ لأنه فسخ، قاله ابن الجلاب.

وقال مالك فى الكتاب: نصف الصداق؛ لما للزوج فيه من النسب بالقذف، ولها من الضرورة فى درأ الحد.

فرع: فى الجواهر: روى عن مالك: إذا تزوج أمة، ثم لاعنها، ثم اشتراها - لا تحل له أبدا؛ كما إذا طلقها ثلاثا ثم اشتراها لا تحل له أبدا، إلا بعد زوج؛ لأن حل الوطء أصله للعقد لا للملك.

فرع: قال: إذا لاعن لانتفاء الحمل، فأتت بتوأمين - انتفيا، وله نفى أولاد عدة بلعان واحد، وتثبت للتوأمين أخوة الأم مع أخوة الأب؛ لأن التوأمين لا يكونان إلا من ماء واحد، وقاله (ش).

فى الكتاب: إذا ولدت الثانى مع الأول أو بعده لأقل من ستة أشهر فهو حمل واحد، فإن أقر بأحدهما لحقا به، وحد، وإلا فهما حملان، فإن أقر بالأول، ونفى الثانى، وقال: لم أطأها بعد ولادة الأول لاعن، وانتفى الثانى.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث (٢٢٥٠) من حديث سهل بن سعد. وينظر تلخيص الحبير (٣/ ٤٥٥).

وإن اعترف به وقال: لم أطأها بعد الولادة لزمه؛ لأن الولد للفراش.

وإن قال النساء: الحمل هكذا، لم يحد، وإلا حد، ولحق به، بخلاف الذى يولد لستة أشهر قبل البناء من يوم العقد، فيقر به، وينفى الوطء يحد، ويلحق به؛ كأنه قال: ولدت من غيرى، ثم أكذب نفسه باستلحاقه.

وإن قدم من سفره، فولدت ولدا، فالتعن منه، ثم ولدت بعد ستة أشهر، فاللعان الأول ينفى كل ولد بعده، فإن ادعى الثانى، حد، ولحقا به.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا طلق قبل البناء متفقين على عدم المسيس، ثم ظهر حمل فتقول: هو منه، لحقه؛ لأن اتفاقهما لا يسقط حق الولد، ولا يكمل لها صداقها؛ لإقرارها.

وقال محمد: يكمل؛ للحوق الولد.

وإن مات قبل انقضاء العدة، ورثته إذا كان الطلاق واحدة، ولا حد عليها، ولو استلحقه؛ لحق، ولم يحد، وكمل الصداق، وله الرجعة، وإن تمادى على إنكاره لاعن، وزال عنه، ولا رجعة له، ولا يكمل الصداق، ويحد إن لم يلاعن، وإن نكل لحقه.

وفى الكتاب: إذا تصادقا على نفى الولد بغير لعان انتفى، وحدت.

وقال أكثر الرواة: لا ينتفى إلا بلعان؛ لحق الولد.

قال ابن يونس: معناه: يلتعن الزوج دونها؛ لإقرارها بالزنا.

قال ابن القاسم: وهذا إذا ثبتت على قولها، وإن رجعت قبل اللعان، عاد اللعان بينهما، وإن نكل لحق به ولا تحد؛ لأنها مقرة.

وفى الكتاب: إذا لاعن لينفى[1] الولد، ثم زنت، ثم أقر به، لحقه ولا يحد لها؛ لأنها صارت زانية.

فرع: إذا جنى على الجنين بعد نفيه باللعان، أو قبله، فالغرة للأم، ولمن يرث الجنين من عصبتها، ويرثه إذا مات أمه، وعصبتها.

قال ابن يونس: إذا أقر به بعد الولادة: إن كان موسرا فى مدة الحمل، أو بعضها؛ رجعت عليه بالنفقة مدة يساره، وإلا فلا.

---

(١) فى ط: لنفى.

فرع: فى الكتاب: إذا لاعن بالرؤية، ولم يدع استبراء، فوضعت لأقل من ستة أشهر من الرؤية، لحقه؛ لأنه لم يتعرض لنفيه، ولا ينفعه نفيه بعد ذلك، ولا يحد؛ لتقدم لعانه.

ولو قال: كنت استبرأتها، ونفاه، كان اللعان الأول.

فرع: فى الكتاب: للملاعنة السكنى دون المتعة؛ لأنها آثرت الفراق، فلا تجبر بالمتعة، ولا تنكح حتى تنقضى عدتها.

المانع الخامس: وطء من لا يجوز الجمع بينها وبين غير الموطوءة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] يعنى فى الجاهلية فإنه معفو عنه.

وفى الموطأ قال - عليه السلام -: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ، وَخَالَتِهَا»[(١)].

وضابطه: كل امرأتين بينهما من النسب، أو الرضاع ما يمنع مناكحتهما[(٢)]، لو قدر أحدهما رجلا، لا يجوز الجمع بينهما فى الوطء بعقد، ولا ملك، وقاله الأئمة.

وقد خرج بقيدى «النسب»، و «الرضاع»: المرأة، وابنة زوجها، وأمه.

تفريع:

فى الكتاب: إذا تزوج [امرأتين ممن][(٣)] من لا يجوز اجتماعهما، فسخ الثانى بغير طلاق، ولها المسمى إن دخل، والمثل إن لم يسم.

أو فى عقد واحد، فسخ، وتزوج أيهما شاء بعد الاستبراء، ولا يتخير بينهما، لفساد العقد.

قال ابن يونس: قال أشهب فى الأول: إن بنى بها، ولم تعلم [الأولى، وادعيا ذلك، حلفتا وأخذتا صداقيهما، واقتسمتا بينهما الميراث، واعتدتا عدة الوفاة مع

---

(١) من حديث أبى هريرة: أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٣٢) كتاب النكاح: باب ما لا يجمع بينه من النساء (٢٠)، والبخارى (٩/ ٦٤) كتاب النكاح: باب لا تنكح المرأة على عمتها (٥١٠٩)، وطرفه فى (٥١١٠)، ومسلم (٢/ ١٠٢٨) كتاب النكاح: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها (٣٣ - ١٤٠٨).

(٢) فى ط: تناكحها.

(٣) فى أ: امرأة ثم من.

الإحداد فى الموت.

قال محمد: ومع ثلاث حيض.

قال ابن يونس: فإن حاضت(١) فى العدة أجزأها.

قال ابن حبيب: فإن لم] (٢) يبن بهما فالميراث بينهما، ولكل واحدة نصف صداقها، وإن بنى بواحدة معلومة، فلها الصداق، ونصف الميراث، وللأخرى نصف الصداق، ونصف الميراث، وفى العقد الواحد الميراث والصداق للمبنى بها دون الأخرى.

قال أشهب: إذا نسيت البينة تاريخ العقدين فالزوج مصدق فى تعيين الأولى، ويفارق الأخرى بغير طلاق، ولا صداق، وإن لم يذكر الزوج فارقهما.

وفى الكتاب: إذا وطئها بملك اليمين، ثم تزوج أختها، توقف حتى يختار أيتهما شاء.

وقال عبد الملك: لا ينعقد النكاح؛ لتقدم مانعه.

وقال أشهب: عقد النكاح تحريم للأمة؛ لأن العقد انعقد بالوطء من الملك، فيندفع الملك؛ للتضاد، ولو باعها بعد وطئها، ثم تزوج أختها، فلم يطأها حتى اشترى المبيعة؛ لم يطأ إلا الزوجة؛ لورود الملك بعد المانع، وإذا وطئ إحدى الأختين بالملك لا يطأ الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع، أو غيره، ولو باعها، ثم وطئ الثانية، ثم اشترى المبيعة، تمادى على الثانية، ولو لم يطأ الثانية حتى اشترى المبيعة؛ يخير فيهما، ولو جمعهما فى الوطء قبل تحريم إحداهما، خير بينهما، فإن اختار الموطوءة الثانية استبرأها من الماء الفاسد، [وتحريم إحداهما بالظهار لا يكفى](٣)، إذ له الكفارة.

وكذلك بيعها من غيره أو ابنه الصغير، أو يتيم فى حجره؛ لتمكنه من النزع(٤) بالاعتصار أو غيره، أو زواج فاسد، أو بيع فاسد إلا أن يفوت بخلاف بيعها بعيب

---

(١) فى ط: كانت.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٣) بدل ما بين المعقوفين فى أ: وتحريم إحديهما خير بينهما فإن اختار الظهار لا تكفى.

(٤) فى أ: الزرع.

فإنه ماض حتى يرد، أو إباقها، أو أسرها مع اليأس[١]، وزاد ابن أبى زيد فى المختصر: إذا دلس بعيب فى البيع لا يفسده التحريم قال ابن يونس: إن أخذهما سنة لا تحل أختها، أو سنين كثيرة، أو حياة المخدم حلت.

وفى الكتاب: إن تزوجها، ثم اشترى أختها، فوطئها، كف عن الزوجة حتى يحرم الأمة، ولا يفسد النكاح؛ لأنه أقعد بحل الوطء، وقد تقدم.

وإن زوج أم ولده ثم اشترى أختها، فوطئها، ثم رجعت إليه، أقام على وطء الأمة؛ لسبقه.

ولو ولدت الأمة، فزوجها، ثم رجعت إليه، تخير بينهما؛ لتساوى أمرهما إلا أن يطأ أولاهما رجوعا.

ومن أبان امرأته حلت أختها فى عدتها، والخامسة، وقاله (ش) ؛ لانقطاع الموارثة والعصمة، وإنما العدة؛ [لحفظ الأنساب][٢].

وقال (ح)، وابن حنبل: تحرمان؛ لأن العدة من آثار النكاح، ولقوله - عليه السلام -: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَجْمَع مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ»[٣].

والجواب عن الأول: أن لحوق الولد بعد أربع سنين من آثار النكاح، ولا قائل بالحرمة وإنما المعتبر: الاختصاص بالزوج، حتى تحصل القطيعة بين الأقارب بالجمع.

وعن الثانى: أنه مطلق فى الأزمان، فتحمله على زمان الاختصاص قبل البينونة وتحرم فى عدة الرجعة اتفاقا.

فرع: قال: فإن ادعى اعترافها بانقضاء العدة فى مدة مثلها، فأكذبته؛ منع من الأخت والخامسة؛ لأن المعول فى العدة على قولها، فإن عقد، فسخ إلا أن يأتى ببينة، أو بما يعرف به انقضاء العدة.

---

(١) فى ط: من الأياسر.

(٢) فى ط: حفظًا للأنساب.

(٣) قال الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ١٦٨): غريب. وقال ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٣٦١): ويروى «ملعون من جمع ماء فى رحم أختين» لا أصل له باللفظين. وقد ذكر ابن الجوزى اللفظ الثانى، ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث، وإنما عزاه إلى أصحابه الفقهاء. ويغنى عنه حديث فيروز الديلمى.

وفى الجواهر: تحرم الأخت بالعتق، والكتابة، والتزويج دون الحيض، والعدة، والردة، والإحرام، وبيع فيه استبراء، أو بعهدة، أو خيار حتى ينقضى ذلك.

تمهيد: الأختان بملك اليمين حرمهما قوله - تعالى -: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣].

وأحلهما قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

وليست إحداهما أخص من الأخرى حتى تقدم عليها؛ لأن الأولى: تتناول المملوكتين، والحرتين فهى أعم من الثانية، والثانية: تتناول الأختين وغيرهما، فهى أعم من الأولى، فيكون كل منهما أعم، وأخص من وجه، فيستويان.

ولذلك قال عثمان -رضى الله عنه -: «أحلتهما آية، وحرمتهما آية». والترجيح للجماعة من ثلاثة أوجه:

أحدها: إن الأولى: سيقت للتحريم، والثانية: سيقت للمدح؛ لحفظ الفروج، والقاعدة: أن الكلام إذا سيق لمعنى لا يستدل به فى غيره فلا تعارض الأولى.

وثانيها: أن الأولى لم يجمع على تخصيصها، والثانية: أجمع على تخصيصها بما لا يقبل الوطء من المملوكات، وبما يقبل لكنه محرم، وغير المخصوص أرجح.

وثالثها: أن الأصل فى الفروج التحريم حتى يتيقن الحل، فيترجح الأولى.

قال صاحب المنتقى: كما يحرم الجمع فى الوطء فكذلك النظر بلذة للمعصم والصدر؛ قياسا على ما سوى الشرع فيه بين الوطء، والنظر بلذة.

فرع: قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا تزوج أختا على أخت عالما بالتحريم، ووطئ، حد إلا أن تكونا أختين من الرضاع؛ لأنه بالسنة، وهو أصل كل محرم بالسنة.

فرع: إذا قالت فى عدة الرجعة: انحبس الدم عنى، حرمت الأخت، والخامسة، وصدقت إلى سنة؛ لظهور الحمل بعد ذلك، فينظر إليه النساء.

المانع السادس: حصول أربع فى العصمة:

فى الجواهر: تمنع الزيادة على الأربع للحر والعبد؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] ومعنى مثنى عند العرب: اثنين اثنين غير منحصر، ومعنى ثلاث: ثلاث ثلاث غير منحصر، وكذلك رباع إلى

عشار، جعلت هذه الصيغة عوض عن التكرار، فيكون معنى الآية: إما اثنين أو ثلاث، أو أربع، فظهر غلط من أباح التسع بناء على ضم الاثنين إلى ما بعدها.

تمهيد: أباح الله الزواج فى التوراة غير محصور؛ حفظا لمصالح الرجال دون النساء، وحرم فى الإنجيل الزيادة على الواحدة؛ حفظا لمصالح النساء دون الرجال، وجمع فى هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الفريقين.

وأما مضارة المرأة بثلاث: فإن الثلاث من مستثنيات القواعد: تباح من الإحداد ثلاث، ومن الهجرة ثلاث، ومن الخيار ثلاث، ومن العهدة ثلاث، وهو كثير.

قال أو روى ابن وهب: تحرم الثالثة على العبد، وقاله (ش) ؛ قياسا على طلاقه، وحدوده.

جوابه: أن التشطير خاص بالعذاب؛ للآية، وهما عذاب وهذا تنعيم[1] فافترقا.

وتحل الخامسة بطلاق إحدى الأربع طلاقا بائنا - خلافا لـ (ح)، وابن حنبل، وتقدم تقريره فى تحريم الجمع - دون الرجعى؛ لبقاء العصمة.

وإن عقد على خمس بطل العقد.

فرع: قال صاحب النكت: إذا كانت إحدى الأربع بدار الحرب، فطلقها، لا تحل له الخامسة إلا بعد خمس سنين من يوم خرج؛ لاحتمال أن تكون حاملًا وتأخر حملها خمس سنين، فإن طلقها بعد خروجه لسنة انتظر أربعا، أو بعدها بأكثر من ذلك، فثلاث؛ لاحتمال أن تكون عدتها بالحيض، ويفرق[2] بالحيض فى ثلاث سنين، فلا بد من كمال سنة لا حيض فيها، أو تكمل ثلاث حيض.

المانع السابع: استيفاء عدد الطلاق ثلاثا للحر، واثنتان للعبد؛ لتعذر تشطير طلقة؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أى: الطلاق الرجعى؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهذه ثالثة؛ لذكرها بعد اثنتين.

والطلاق عندنا معتبر بالرجال؛ لأن تعلق الفعل بفاعله آكد من تعلقه بغيره.

فطلاق العبد اثنتان، ولو كانت امرأته حرة، والحر ثلاثة وإن كانت أمة.

---

(١) فى ط: تعميم.

(٢) فى أ: والتفريق.

وقال (ح): معتبر بالنساء، فللحرة ثلاث تطليقات كيف كان زوجها [والأمة اثنتان كيف كان زوجها][1] لما يروى عنه - عليه السلام -: «طَلَاقُ الأَمَةِ طَلْقَتَانِ، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»[2].

تنبيه: لما كان مطلوب الزواج الإعفاف، وتكثير النسل، عاقب الله - تعالى - المطلق ثلاثا باحتياجه إلى وطء غيره لامرأته؛ لصعوبة ذلك على المرأة.

فائدة: يقال: كل نكاح فى كتاب الله - تعالى - فالمراد به: العقد، إلا هذه الآية، المراد منها: الوطء مع العقد.

قواعد: «حتى» للغاية فيثبت بعدها نقيض ما قبلها، والمرأة لا تحل بوطء الثانى بل حتى تطلق، وتعتد ويعقد الأول، فهل ترك مقتضى الغاية[3]، أو هو باق؟

فنقول: التحريم يتضاعف بسبب اجتماع الأسباب؛ كالزنا محرم وبالأم أشد، وبها فى الصوم، ومع الإحرام أشد، وفى الكعبة كذلك، وهذه محرمة؛ لكونها أجنبية، ومطلقة ثلاثا، والمعنى إنما هو تحريم الثلاث، وهو يرتفع بوطء الثانى ويبقى تحريم الأجنبية وكونها زوجة للغير فإذا طلقها؛ ارتفع كونها زوجة الغير، وبقى كونها أجنبية، فإذا عقد حلت مطلقا.

تفريع: فى الكتاب: إذا لم يحتلم وهو يقوى على الوطء، لا يُحل وطؤه المرأة ولا يحصن، ولا مهر، ولا عدة، وتحرم على آبائه، وأبنائه؛ لأن الخروج من الحرمة إلى الحل يتوقف على أعلى المراتب، وكذلك العبد بإذن سيده، والخصى القائم الذكر، والمجنون، والمجبوب إذا لم يعلم بهم؛ لأن لها الخيار، وإن علمت أحلوها، وحصنوها؛ لسقوط خيارها، ولا يحل المجبوب، ولا يحصن؛ لعدم الوطء.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا وطئها المجنون فى جنه بعد علمها لا يحلها، ولا يحصنها، لنقصانه عن الكمال، والصحيح يحل المجنونة، ويحصنها؛ لأن الوطء للرجل، وإنما المرأة ممكنة.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذى (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠) عن عائشة.
(٣) فى ط: الآية.

قال ابن يونس: قال بعض شيوخنا: سواء كان مقطوع الحشفة، أم لا، وهو ظاهر الكتاب. وقال أشهب: إذا أجاز السيد أحل وطء العبد.

وقال ابن حبيب: إذا أدخلت حشفة الشيخ بيدها، وانتعش بعد الإدخال، أحلها، وإلا فلا وإذا أنزل خارج الفرج، فدخل الماء إليه، فأنزلت لا يحلها؛ لعدم النكاح.

وفى الجواهر: قيل: لا يشترط الانتشار، ويكفى من مقطوع الحشفة مقدارها، ويشترط علم الزوجة بالوطء دون علم الزوج عند ابن القاسم؛ لقوله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يقل: حتى ينكحها زوج غيره ولأنه أوقع فى أدب المطلق.

وعكس أشهب؛ لأن الإحلال من فعل الزوج، فوطء المجنون يحل عند ابن القاسم دون أشهب، فلو كانت هى المجنونة، حلت عند أشهب دون ابن القاسم.

وقال عبد الملك: يحل فى الحالتين؛ نظرا لحصول الوطء.

فرع: فى الكتاب: اذا ادعت الوطء، وأنكره، لا يحد.

وقال ابن القاسم: لا أمنع المطلق منها خشية أن يكون إنكاره إضرارا.

قال اللخمى: إن لم يعلم التحليل إلا من قولها، لا يقبل فى الأمد القريب، ويقبل فى الأمد البعيد إن كانت مأمونة.

قال محمد: لا يقبل فى غير المأمونة.

وقال ابن عبد الحكم: يقبل إذا طال بحيث يمكن موت شهودها، وهى كالغربية وأما الطارئة فتدين؛ لتعذر ذلك عليها إلا أن يقرب الموضع.

ولمالك قول ثالث: إن قالت ذلك بقرب طلاقها لم تحل، أو بعد الطول عند إرادة الرجوع لم تصدق.

وفى الجواهر: قال أبو الطاهر: كل موضع تصدق فيه على الزوج فى دعوى الوطء، صدقت فى الإحلال، وما لا، فلا.

قال صاحب المنتقى: قال ابن وهب: إن ذكر ذلك عند الفراق؛ لم يحلها ذلك.

وفى الكتاب: لو مات قبل الدخول، وتوهم الدخول، لم يحل حتى يعلم الدخول؛ لأنه السبب، وردته لا تبطل الإحلال المتقدم عليها، ولا الحاجة إلى الإحلال، بخلاف الإحصان، والظهار واليمين بالله - تعالى - والعتق وغيره.

وقال غيره: لا يسقط ذلك.

والفرق للمذهب: أن هذه كفارات، وأمور فى الذمة فتسقط كالكافر الأصلى لا تقبل منه بعد ثبوتها[(١)] بعد الإسلام.

والإحلال، وتحريم المبتوتة سببان شرعيان لا يوجبان شيئا فى الذمة، بل إذا أسلم قلنا له: تحرم عليك هذه حتى تتزوج؛ [لا أن نلزمه][(٢)] شيئا، وتحل للمطلق هذه بوطئك.

قال اللخمى: قال محمد: يسقط الإحلال، والإحصان بردتها بخلاف ردته؛ لأنه فعل فعله فى غيره، فلا يبطل بردته؛ كالعتق.

قال اللخمى: لو ارتدا، ثم رجعا، جاز أن يتناكحا قبل زوج عند ابن القاسم لأنهما عنده كالحربيين وعند غيره: لا يجوز؛ لأنهما يعودان على ما كان عليه.

وإن ارتد المحل خاصة:

قال ابن القاسم: لا يحل.

وقال غيره: يحل.

وفى الكتاب: لا يحل إلا العقد الصحيح الذى لا خيار لأحد فيه مع مغيب الحشفة، وما فيه خيار، فالوطء بعد الخيار؛ لاستقراره حينئذ.

وباشتراط الوطء قال الأئمة، خلافا لسعيد بن المسيب؛ لما فى مسلم: أن رفاعة القرظى تزوج امرأة، ثم طلقها، فتزوجت آخر، فأتت النبى - عليه السلام - فذكرت أنه لا يأتيها، وأنه ليس معه إلا مثل هدبة الثوب، فتبسم عليه السلام، وقال أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِى إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»[(٣)].

يريد [بعسيلته: إيلاج الحشفة والإنزال، ولم يشترك الشافعى الانتشار.

بعسيلتها][(٤)]: مباشرة فرجها بالحشفة، ومقتضى هذا الحديث: اشتراط علمها وبلوغها.

وجوز ش المراهق، والصغير، لما جبلت عليه الطباع من لذة المباشرة ولو صغر

---

(١) فى ط: بعد توبتها.

(٢) فى أ: لا ما ألزمنا.

(٣) هو من حديث عائشة البخارى (١٠/ ٢٧٦) كتاب اللباس: باب الإزار المهدب (٥٧٩٢)، وفى (٩/ ٢٧٤) كتاب الطلاق: باب من جوز الطلاق الثلاث (٥٢٦١)، ومسلم (٢/ ١٠٥٥) كتاب النكاح: باب لا تحل المطلقة ثلاثًا لمطلقها حتى تنكح زوجًا غيره (١١١ - ١٤٣٣).

(٤) سقط فى أ.

السن وقياسا لإحلال الصغير على إحلال الصغيرة، والمبتوتة.

وجوز (ح) المراهق، ومنعه مالك؛ لأنه خلاف المفهوم من الحديث.

قال اللخمي: وعلى أحد قولي مالك في المراهق يحد في الزنا، ويحلل[(١)].

وفي الكتاب: وطء الحائض وأحدهما معتكف أو صائم رمضان، أو محرم لا يحل ولا يحسن، ولم يشترط (ش) حل الوطء، ولا يحل وطء النصراني للنصرانية إلا أن يطأها بعد إسلامه.

قال اللخمي: وقال - أيضا - يحللها النصراني، وهو أصوب؛ لاندراجه في عموم الأزواج.

فرع: قال صاحب البيان: إذا تزوجها من حلف ليتزوجن على امرأته؛ ليبر يمينه، فثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: يحلها؛ لأنه لم يقدم على التحليل.

وقال - أيضا -: لا يحلها كانت تشبه أن تكون من نسائه أم لا؛ لأنه لم ينو الإقامة بل الخروج من يمينه، فأشبه المحلل.

وقال ابن كنانة: إن كانت تشبه أن تكون من نسائه، حلت، وإلا فلا.

قاعدة: كل متكلم له عرف في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه، ولذلك تحمل عقود كل بلد على نقده، ووصاياهم وأوقافهم ونذورهم على عوائدهم، والشرع له عرف في النكاح، وهو المجتمع الأسباب، والشرائط، والانتفاء للموانع، فحملنا قوله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ عليه، فخرج العقد الفاسد، والوطء المحرم، وإن صح العقد، ووطء النصراني؛ لفساد عقده.

وفي الكتاب: لا يحل إلا نكاح الرغبة غير المدلسة، قيل لمالك أنه يحتسب ذلك قال: يحتسب في غير هذا؛ لقوله - عليه السلام - في الترمذي: «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ»[(٢)] واللعنة دليل التحريم.

---

(١) في ط: يحل.

(٢) من حديث ابن مسعود أخرجه أحمد في المسند (١/٤٤٨)، وأخرجه الدارمي في السنن (٢/١٥٨) كتاب النكاح: باب في النهي عن التحليل، والترمذي في السنن (٣/٤٢٨) كتاب النكاح: باب ما جاء في المحلل (١١٢٠)، والنسائي (٦/١٤٩) كتاب الطلاق: باب إحلال المطلقة ثلاثًا وما فيه. وأبو داود من حديث علي - رضي الله عنه - (٢/٢٢٧) كتاب النكاح: باب في التحليل (٢٠٧٦)، والبيهقي (٧/٢٠٨) كتاب النكاح.

وسببه فى المحلل: ما فيه من دناءة المروءة من عزم الإنسان على وطء امرأة؛ لتمكين غيره من وطئها بعد صيرورتها فراشا له، ومنسوبة إليه.

وفى المحلل له - مع أن القاعدة: امتناع مؤاخذة الإنسان بفعل غيره -: إما لاستباحته بهذا التحليل الفاسد، إن فعل، وإما لأن طلاقه ثلاثًا محرم وهو المحوج(١) إلى هذا، وإما أن يحمل على ما إذا اشترط التحليل.

واللعن يدل على فساد العقد، فيفسخ أبدا، ولايحلل مع أن صاحب القبس قال: لم يصح هذا الحديث.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: الوطء الحرام يحلل، ويحصن.

وقال المغيرة: يحصن؛ لأن الإحصان يرجع إلى وجوب الرجم، والمعصية تناسب العقوبة، ولا تحلل؛ لأن الإحلال نعمة تنافيها المعصية، والوطء فى صوم التطوع، وقضاء رمضان، ونذر أيام معينة يحل، ويحصن عند مالك وأصحابه؛ لحصول العسيلتين.

وتوقف ابن القاسم فى صوم التطوع.

قال مالك: إن نوى إمساكها إن أعجبته، وإلا حلها، لا تحل لمشاركة نية التحليل، ووافقنا ابن حنبل على فساد العقد إذا اشترط عليه التحليل مع العقد، أو قبله أو نواه.

وقال (ش وح): يحل إذا نواه من غير شرط، وجوز (ح) نكاح المحلل، والإقامة عليه، بل قال بعض الحنفية: ذلك قربة بالإحسان للمطلق.

لنا عليهم: ما تقدم.

قال مالك: ولا يضر إرادة الزوجين التحليل إذا لم يعلم المحلل؛ لأن الإحلال بالوطء، والطلاق من جهته دونهما.

قال مالك: يفسخ نكاح المحلل بطلقة أبدا وله نكاحها بعد ذلك وتركه أحب إلى، ولها صداق مثلها بالمسيس.

وقال أيضا: المسمى، وإن ردها زوجها بدليل النكاح الفاسد بغير طلاق.

قال صاحب المنتقى: إذا عقد المحلل للتحليل يفسخ قبل البناء، وبعده بطلقة بائنة عند محمد إذا ثبت ذلك بإقراره، ولو ثبت بعد البناء إقراره قبل البناء، فليس بنكاح.

---

(١) فى ط: المخرج.

قال: وعندى يجرى فيه الخلاف فى فساد العقد، ويجب عليه أن يعلم الأول بقصده للتحليل حتى يمتنع، وإذا اشترى المبتوتة لا تحل له، وقاله الأئمة؛ لأن الآية اشترطت النكاح وهو ظاهر فى التزويج دون الملك.

المانع الثامن: الكفر، وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فيما يحل.

وفى الجواهر: الكفرة ثلاثة أصناف:

الكتابيون: يحل نكاح نسائهم وضرب الجزية عليهم، وإن كرهه فى الكتاب؛ لسوء تربية الولد؛ ولأمر عمر - رضى الله عنه - الصحابة بمفارقة الكتابيات، ففعلوا إلا حذيفة.

وقاله ابن حنبل وأجازه (ش) من غير كراهة، لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمراد بالمحصنات ههنا: الحرائر.

والزنادقة، والمعطلة، لا يناكحون، ولا تؤخذ منهم الجزية.

والمجوس لا يناكحون وتؤخذ منهم الجزية؛ لمفهوم الآية المتقدمة؛ ولقوله - عليه السلام -: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ غَيْرَ آكِلِى أَطْعِمَتِهِمْ وَلَا نَاكِحِى نِسَائِهِمْ»(١) وبهذه الجملة قال الأئمة.

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٢٧٨) كتاب الزكاة: باب جزية أهل الكتاب والمجوس، حديث (٤٢)، والشافعى (٢/ ١٣٠) كتاب الجهاد: باب ما جاء فى الجزية، حديث (٤٣٠)، وعبد الرزاق (٦/ ٦٨ - ٦٩) كتاب أهل الكتاب: باب أخذ الجزية من المجوس، حديث (١٠٠٢٥) وابن أبى شيبة (١٢/ ٢٤٣) كتاب الجهاد: باب ما قالوا فى المجوس تكون عليهم جزية، حديث (١٢٦٩٦)، وأبو عبيد فى الأموال ص ٤٠، حديث (٧٨)، والبيهقى (٩/ ١٨٩ - ١٩٠) كتاب الجزية: باب المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم. وأبو يعلى (٢/ ١٦٨) رقم (٨٦٢). كلهم من حديث جعفر بن محمد عن أبيه: أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدرى كيف أصنع فى أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول: سنوا بهم سنة أهل الكتاب. وفى تنوير الحوالك (١/ ٢٠٧): قال ابن عبد البر: هذا حديث منقطع؛ فإن محمد بن على لم يلق عمر، ولا عبد الرحمن بن عوف. قال الحافظ فى التلخيص (٣/ ١٧٢): هو منقطع؛ لأن محمد بن على لم يلق عمر، ولا عبد الرحمن. وقد رواه أبو على الحنفى عن مالك عن جعفر عن أبيه عن جده. قال الخطيب فى الرواة عن مالك: تفرد بقوله: عن جده، أبو على. قلت - أى الحافظ -: وسبقه إلى ذلك الدارقطنى فى غرائب مالك، وهو مع ذلك منقطع؛ لأن على بن الحسين لم =

وقيل: يحل نكاح حرائر المجوس؛ نظرا لأنهم لهم كتاب ورفع[(١)]، وهذا لا عبرة به فإن الوثنيين من ولد إسماعيل والمعتبر إنما هو حالتهم الحاضرة.

قال اللخمى: لا يجوز وطء الوثنيات بنكاح، ولا ملك؛ لعموم قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] وقيل: الصابئون من النصارى، والسامرية من اليهود، وقيل: ليسوا منهم، فيجوز نكاحهم على الأول، دون الثانى.

تمهيد: قوله - تعالى -: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [المائدة:٥] الآية متأخرة النزول عن قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١] وأبيحت الأمة الكتابية قياسا على الحرائر بجامع الشرف بالكتاب وبالتسوية بين المناكح، والأطعمة.

وقيل: المشركات خاص بالوثنيات، وإن أشرك اليهود بعزير، والنصارى بعيسى- عليهما السلام - لقوله - تعالى -: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١] فباين بينهم فى آيات كثيرة من الكتاب.

تنبيه: لما تشرف أهل الكتاب بالكتاب، ونسبتهم إلى المخاطبة من رب الأرباب، أبيح نساؤهم، وطعامهم، وفات غيرهم هذا الشرف بحرمانهم منه.

وأما الأمة الكتابية، فلا؛ لأن الله - تعالى - حرم الأمة المؤمنة إلا بشرطين؛ صيانة للولد عن الرق.

والأمة الكافرة تجمع بين الإرقاق، وتلقين الكفر، وتغذية الخمر، والخنزير، فحرمت مطلقا، وقاله (ش) وابن حنبل، وأجازها (ح) تسوية بين الحرائر، والإماء، عكسه المجوس، والفرق عندنا: اجتماع المفسدتين.

فرع: فى الكتاب: توطأ الأمة المجوسية الصغيرة إذا أجبرت على الإسلام، وعقلت ما يقال لها.

[وفى اللباب][(٢)]: توطأ الأمة الكتابية بالملك، وقاله الأئمة.

ولا يمنع نصرانى من نكاح مجوسية، ولا مجوسى من نصرانية؛ لأنا لا نتعرض لهم.

= يلق عمر، ولا عبد الرحمن، إلا أن يكون الضمير فى «جده» يعود على محمد، فجده محمد سمع منهما، لكن فى سماع محمد من حسين نظر كبير.

(١) فى ط: وعقد.

(٢) سقط فى أ.

فرع: قال: الولد تبع للوالد فى الدين، والحرية ولأمه فى الملك والجزية لأن الأديان إنما تقوم بالنصرة، وهى بالرجال أليق وبالرق مهانة، واستيلاء، وهما بالنساء أنسب.

قال أبو الطاهر: وقيل: يتبع الأم كيف كانت؛ قياسا على الرق، والحرية.

وقيل أحسنهما دينا؛ تغليبا للإسلام وقاله (ش).

والولد للمرتد بعد ردته هل يكون كولد الكافر فى السبى، والرق، والجبر على الإسلام، أو يجبر على كل حال؟ قولان.

وإذا قلنا ببقائهم، فهل نفقتهم على آبائهم؟ قولان؛ كالقولين فى نفقات الزوجات إذا أسلمن.

ورجع ابن محرز النفقة على الأب؛ لوجوب سببها، وهو القرابة.

وفى الكتاب: إسلام الأب إسلام لصغار بنيه، وإذا زوج النصرانى ابنته الطفلة من كتابى، ثم أسلم الأب، وهى صغيرة، فسخ نكاحهما، وكذلك الطفل لو كانت المرأة مجوسية يعرض عليها الإسلام، فإن أبت فرق بينهما ما لم يتطاول.

وإن كان الولد مراهقا ابن اثنتى عشرة سنة حالة الإسلام، فلا يجبر عليه إلى البلوغ، فإن أقام على دينه لم يعرض له؛ لاستقلاله على التمييز وإن ترك الأطفال حتى راهقوا فإن أبوا الإسلام [لم يجبروا؛ لأنها حالة تأبى التبعية.

وقال بعض الرواة: يجبرون؛ نظرًا لحالة الإسلام][1]، وهو أكثر مذاهب المدنيين.

فرع: قال: لو مات أبو المراهق، وقف المال إلى أن بلغ وأسلم، ورث، وإلا فلا، ولو أسلم قبل احتلامه، لم يتعجل ذلك حتى يحتلم؛ لأنه لو رجع لم يقتل، وله الميراث، ولو رجع ضرب حتى يسلم، أو يموت قال مالك: ولو قال الولد: إنى لا أسلم إذا بلغت لا يعتبر ذلك.

الفصل الثانى: فى أنكحتهم.

وهى عندنا فاسدة، وإنما الإسلام يصححها خلافا لابن حنبل.

وفى الكتاب: لا يطأ الذمى مسلمة بنكاح، ولا ملك، [وليتقدم فى][2] ذلك إلى

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى أ: ويتقدم.

الذمة ويعاقبون بعد التقدم، ولا يحدون، ويعفى عن الجاهل، وتباع الأمة عليه؛ نفيا لاستيلاء الكفر على الإسلام ويفسخ النكاح، وإن أسلم الزوج لفساد العقد.

قال ابن يونس: وتحد المسلمة إن لم تعذر بجهل؛ كما قال فى كتاب محمد: إذا تزوج مجوسية عالما بالتحريم حد.

قال اللخمى: وطلاقهم غير لازم؛ لأن فيه حقا لله تعالى، وهو ساقط مع الكفر، وحق المرأة وهو فى معنى هبتها نفسها ونحن لا نجبرهم على الوفاء بالهبات.

وكذلك القول فى العتق، فإن جارت المرأة نفسها، والعبد نفسه، لم يمكنا من الرجوع، فإن امتنعا ما لم يضرب على العبد الجزية، فلا يمكن من الرضا بالرق.

وفى الجواهر: إذا طلقها ثلاثا، ثم أبانها عنه مدة لم يحتج بعد الإسلام لمحلل.

قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا رضى بحكم الإسلام، فحكمنا بالثلاث ليس له ردها للزوجية قهرا لأجل حكمنا، وله ذلك برضاها؛ لأن طلاق الكفر غير لازم.

قال الشيخ أبو الحسن: وإذا أسلما له ردها قبل زوج.

وفى الكتاب: طلاقهم غير لازم، وإن رفع إلينا لا نحكم به [إلا أن يتراضيا الزوجان بحكمنا][1].

قال أبو الطاهر: إذا رضيا بحكمنا ففى اعتبار رضاء أساقفتهم قولان؛ نظرا لدخول ذلك فى عهدهم أم لا.

وإذا حكمنا فى الطلاق، فللمتأخرين أربعة أقوال:

يحكم بالثلاث إن أوقعها.

أو بتطليقة.

أو بالفرقة فى الجملة.

أو تعتبر أنكحتهم إن كانت على الوضع الشرعى حكمنا بالطلاق، وإلا بالفراق مجملا.

وفى الكتاب: الأفضل عدم الحكم بينهم؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] ولو تزوج ذمى امرأة غيره منع؛ لأنه من باب التظالم.

---

(١) فى ط: إلا يرضا الزوجين بحكمنا.

الفصل الثالث: في إسلامهم، وفيه أربعة أبحاث:

البحث الأول: فيما يثبت من عقودهم بعد الإسلام.

قال ابن يونس: وهى عندنا فاسدة، وإنما الإسلام يصححها.

وفى الجواهر: لا نقرهم على ما هو فاسد عندهم إلا أن يكون صحيحا عندنا، ولو اعتقدوا غصب المرأة، أو رضاها بالإقامة مع الرجل من غير عقد أقررناهم عليه، وقاله (ش).

والضابط: أن كل مفسد يدوم، كجمع الأختين، أو لا يدوم لكن أدركه الإسلام: كالزواج فى العدة، فيسلم فيها فهو باطل[1]، وما لا فلا.

وقال ش، وابن حنبل: عقودهم صحيحة.

تنبيه: واعلم أن قولنا: «أنكحة الكفار فاسدة» مشكل، فإن ولاية الكافر للكافر صحيحة، والشهادة عندنا ليست شرطا فى العقد حتى نقول: لا تصح شهادتهم؛ لكفرهم، ولو قلنا أنها شرط، وأشهد أهل الذمة المسلمين، فينبغى التفصيل، أما القضاء بالبطلان على الإطلاق، فلا، وغاية ما فى الباب: أن صداقهم قد يقع بما لا يحل، وكذلك المسلمون، وتختل بعض الشروط، أو كلها أحيانا، وكذلك المسلمون فكما لا يقضى بفساد أنكحة عوام المسلمين وجهالهم من أهل البادية وغيرهم، بل نفصل ونقول: ما صادف الشروط، فهو صحيح، سواء أسلموا، أم لا، وما لم يصادف، فباطل أسلموا أم لا.

وعلى هذا: كان ينبغى ألا يخير بين الأم، وابنتها إذا أسلم عليهما، بل نقول: إن تقدم عقد البنت صحيحا تعينت، وكذلك لا نخيره إذا أسلم على عشر نسوة، بل نقول: إن وقع أربع منها على الصحة تعين وكذلك يليق إذا حكمنا بفسادها جملة ألا نفرق بين الموانع الماضية، وما بقى مقارنا للإسلام؛ إذ الكل فاسد، وقد أقر -عليه السلام- من أسلم على نكاحه، ففى أبى داود أنه -عليه السلام- رد ابنته زينب على أبى العاص بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئا[2].

---

(١) فى ط: مبطل.

(٢) من حديث ابن عباس أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٢) كتاب الطلاق: باب إلى متى ترد عليه امرأته (٢٢٤٠)، والترمذى (٣/ ٤٤٨) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الزوجين المشركين يسلم أحدهما (١١٤٣)، وابن ماجه (١/ ٦٤٧) كتاب النكاح: باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر (٢٠٠٩).

وفى الكتاب: لا يثبت من شروطهم بعد الإسلام إلا ما يثبت للمسلم، وترد إلى ما يجب فى الإسلام، ولا يفسخ النكاح بما لا يجيزونه، وإن كان يفسخ للمسلم قبل البناء؛ لأن الإسلام يقرر عقودهم، وإذا تزوجها بخمر، أو خنزير، أو بغير مهر – لاستحلالهم ذلك – ثم أسلما بعد البناء، ثبت النكاح، فإن كانت قبضت ذلك الخمر قبل البناء، فلا شىء لها غيره؛ لأنه من أموالهم حينئذ، وإلا فلها صداق المثل، [وإن لم يبين لها حتى أسلما قبل القبض، أو قبضت؛ خير بين صداق المثل][1] أو الفراق؛ لأنا لا نبيح وطأ بغير صداق، والفراق بطلقة واحدة كنكاح التفويض فى الإسلام.

وقال غيره: إذا قبضت لا شىء لها؛ لأنه من أموالها حينئذ؛ كما لو باعت خمرا حينئذ.

وقال ابن يونس: إذا قبضت نصفه كان لها صداق المثل وعلى هذا الحساب

إذا بنى وإلا فلها الامتناع حتى تأخذ صداق المثل، وهذا كله إذا أسلما، أما إذا أسلمت دونه فسخ النكاح. ولا شىء له عليها فيما قبضت من خمر، أو خنزير، تغليبا لملكها، وقيل: عليها قيمة المقبوض وإن كان قائما، ويراق الخمر، ويقتل الخنزير؛ لأنها منعته منه بإسلامها.

قال ابن القاسم: ولو أصدقها ثمن خمر فلها قبضه بعد إسلامها، ولو أصدقها دينا له ربا فأسلما قبل القبض، فلا شىء لها[2] إلا رأس المال لأنه الذى تستحقه[3].

ولو كان درهمين، وأصلها برباها: ثلاثة دراهم؛ نظرا لأصلها:

قال اللخمى: إذا أسلما قبل البناء، والصداق خمر، فأربعة أقوال:

ما تقدم.

وقال أشهب: يعطيها ربع دينار، وإلا فسخ.

وقال ابن عبد الحكم: قيمة الخمر.

وإن أسلمت قبل البناء بعد قبض الخمر:

قال ابن القاسم: ترد قيمة الخمر، فاتت أم لا، وتكسر عليها.

وقال أيضا: لا شىء عليها؛ لأنها مستهلكة شرعا.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: له
(٣) فى ط: يستحقه.

قال: وأرى رده خمرا؛ لأن بانفساخ النكاح يصير ملكا للزوج.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم مجوسى، أو ذمى، وتحته مجوسية، عرض عليها الإسلام، فإن أبت، وقعت الفرقة، وإلا بقيت زوجة ما لم يبعد بين إسلامهما من غير تحديد، والشهر، ونحوه قليل، فإن أسلمت المرأة بعد البناء، فلا يعرض عليها الإسلام، ولكنه إن أسلم فى عدتها كانت له، وإلا فلا.

قال صاحب الاستذكار: قال مالك فى الموطأ: تقع الفرقة إذا امتنعت الوثنية، والمجوسية فى الحال.

وقال ش: ينتظر إسلامها فى العدة؛ لأن أبا سفيان أسلم، وأسلمت امرأته بعده بأيام، ورد -عليه السلام- ابنته زينب على أبى العاص بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئا بعد ست سنين، وقيل: بعد سنتين، وعلّل ذلك باحتمال تأخر الحيض، وبقوله - تعالى -: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٢٨] أى: فى العدة إجماعا.

وجوابه: أن قصة زينب قبل نزول الفرائض مع أنه ردها بنكاح جديد، وهو مقدم على الأول؛ لكونه زيادة على النفى، ويحمل قوله، و«لم يحدث شيئا» على مثل الصداق الأول، والأخبار الكثيرة الواردة فى إسلام الوثنيين معارضة لقوله -تعالى-: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقال ح: إن لم يسلم زوجها بعدها فرق بينهما فى الحال، إن كانا فى دار الإسلام، وإن كانا فى دار الحرب، بقيت الزوجة حتى تقضى العدة، وحمل القصص المذكورة على ذلك، وإن أسلمت المجوسية قبل انقضاء العدة، فهما زوجان، وإلا، فلا.

وقال ابن حنبل: تقع الفرقة فى الحال مطلقا

والصواب أن المعتبر اختلاف الدار، وقبول الإسلام على القرب، كما فى المدونة، وفيه جمع بين الكتاب، والسنة الواردة.

قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا أسلم مجوسى قبل البناء لا تبقى زوجته إلا أن يسلم بالقرب جدّا، ويعرض الإسلام على أبوى الصغيرة، كعرضه على الكبيرة؛ لأنها تسلم تبعا لها، فإن لم يكن لها أبوان بقى الأمر موقوفا حتى تعقل، وإن كانا لا يتوارثان؛ لعدم تعين سبب الفسخ.

قال ابن يونس: فى كتاب محمد: إذا أسلم لا يفرق بينهما حتى تنقضى العدة، وروى عن ابن القاسم اليومين، والثلاثة فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة.

وقال أشهب: إسلامه قبل البناء يقطع العصمة، وبه أخذ محمد.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلمت قبل البناء تحت مجوسى أو كتابى، بانت منه، ولا رجعة إن أسلم؛ لعدم العدة، وإسلام الزوج كالرجعة ولا يملك عصمتها بعد العدة فى المدخول بها، والفراق فى هذه بغير طلاق؛ لكونه متفقا عليه.

وقاله ابن حنبل، و(ش).

وقال ح: يعرض الإسلام على الآخر فى دار الإسلام، فإن امتنع وقعت الفرقة، وأصله: قوله - تعالى - فى اللاتى أسلمن دون أزواجهن ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وأسلم صفوان فى العدة بعد شهر(١).

قال ابن يونس: وإذا أراد الإسلام فافتدت له على ألا يسلم حتى تنقضى عدتها، وعلى إسقاط الرجعة، لا يصح ويرد ما أخذه

والفرق بينه، وبين الردة فى لزوم الطلاق: أن الردة صادرة من مسلم، والمسلم يلزمه الطلاق.

وقال اللخمى: قال ابن القاسم: إن لم يسلم، فهى طلقة بائنة، وقول مالك أحسن؛ لأن الكافر لا يلزمه الطلاق، واختلف فى العدة:

فقال مالك، وابن القاسم: إذا أسلمت دونه فثلاث حيض.

وقال مالك: تكفى النصرانية يطلقها النصرانى حيضة، ولابن القاسم فى المجوسية تأبى الإسلام: تكفيها حيضة؛ لأن الزائدة تعبد.

وفى البخارى: كانت المرأة إذا هاجرت(٢) [لم تخطب] حتى تحيض، وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح.

قال ابن القاسم: وإذا قالت: حضت بعد إسلامى ثلاث حيض، وقال الزوج: إنما أسلمت من عشرين ليلة، صدق؛ لأن الأصل بقاؤها على الكفر، ولو وافق على أمد العدة، وقال: أسلمت قبلك، أو فى العدة، وأكذبته، لم يصدق؛ لأن الأصل

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ - مطولًا - عن ابن شهاب، بلاغًا (٢/٥٤٣) كتاب النكاح: باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله (٤٤)، وقال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه صحيح. وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير، وابن شهاب إمام أهلها، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده.

(٢) أخرجه البخارى (٥٢٨٦) عن ابن عباس موقوفًا.

بقاؤه على حاله.

قال صاحب البيان: المعروف من المذهب: إذا أسلمت لا يثبت نكاحه إلا أن يسلما معا؛ لأن الكافر لا يكون زوج مسلمة، والمعروف: أن الفرقة فسخ؛ لأن الكافر لا يلزمه طلاق وإذا لم يعلم بإسلامها فى العدة حتى تزوجت فروى عنه استقلالها بالعقد، فإن أسلم قبلها؛ فهو أحق بها [وفى المدونة: هو أحق بها ما لم تدخل.

وروى عنه: استقلالها][1] أبدا؛ لأنها نصرانية تحت مسلم، فلا عدة سواء دخل الأول أم لا

وقال ابن وهب: الدخول يفيتها.

فرع: قال صاحب النكت: إذا قدما بأمان، فأسلم، لم يكن لامرأته الرجوع لبلد الحرب محتجة بالأمان؛ لأنها ألزمت نفسها استيلاء زوجها عليها

وفى الكتاب: إسلام الحربى الكتابى لا يزيل عصمته، ويكره وطؤه بدار الحرب، كما يكره الزواج بها، خشية على الولد من اتباع الأم، والمؤمَّنان كالذميين فى إسلامهما، وإذا أسلم الذمى صبيا وتحته مجوسية، لم يفسخ نكاحه حتى يثبت إسلامه بعد البلوغ، فتقع الفرقة إلا أن تسلم هى؛ لأنه لو ارتد حينئذ لم يقتل، وإذا وجبت الفرقة بين المجوسيين قبل البناء، فلا صداق، ولا متعة؛ لأن الفرقة من قبلها، وإذا تزوج صغير بغير إذن أبيه ثم أسلم بعد البلوغ ثبت عقده لأنه شىء مضى، وكذلك لو تزوج المبتوتة قبل زوج، وإذا أسلم العبد تحته أمة نصرانية، فسخ، كالمجوسية، إلا أن تسلم فى العدة؛ لأن المسلم لا يتزوج الكتابية.

قال اللخمى: قال أشهب: لا يفرق بينهما؛ لعدم الخطاب حالة العقد لطريان الطول على الأمة المؤمنة.

قال اللخمى: وإسلام أحد الزوجين فى سن عدم التمييز لا يؤثر فراقا، وفى الإثغار فما فوقه قيل: يلحق بالبالغ، وقيل: لا.

قال ابن يونس: إذا عقد على أربع فى العدة، ثم أسلم عليهن بعد العدة ثبتن، قاله ابن القاسم وأشهب، بنى بهن أم لا. وقبل العدة، فارقهن؛ لقيام المانع،

---

(١) سقط فى أ.

وعليهن ثلاث حيض، إن مسهن، أو بعد عدة بعضهن، فارق باقية[١] العدة كن فى عقد واحد أم لا، بنى بها أم لا.

و[لا][٢] يثبت نكاح المتعة إذا أسلم بعد الأجل، وإلا فلا.

قال اللخمى: ولا يختلف أنهم مخاطبون بالإصابة حال الكفر فى حرمة المصاهرة.

البحث الثانى: فى النفقة، والسكنى.

وفى الجواهر: إذا أسلم قبلها، ثم تخلفت، لم تستحق نفقة لمدة التخلف؛ لأن الامتناع منها، وإن أسلمت، وتأخر، ثم أسلم:

قال ابن القاسم: لها النفقة فى العدة حاملا، أو حائلا؛ لأن له الرجعة.

وقال -أيضا -: لا نفقة لها؛ لامتناعها بإسلامها.

قال: وهو أحسن عند أهل النظر.

وفى الكتاب: لو بنى بها وهما مجوسيان، أو ذميان، فافترقا؛ لإسلام أحدهما وتأخر حيضها، فلها السكنى؛ لأنها معتدة منه، وإن كان فسخا.

البحث الثالث: فى اختياره من العدد.

وفى الكتاب: إذا أسلم على أكثر من أربع، اختار أربعا، كن أوائل العقود، أو أواخرها، ويفارق الباقى؛ لما فى أبى داود: قال قيس بن الحارث: أسلمت، وتحتى ثمانى نسوة، فأتيت النبى -عليه السلام -: فقلت له ذلك، فقال: «اِخْتَرْ أَرْبَعَةً مِنْهُنَّ»[٣] ووافقنا (ش).

وقال ح: إنما يختار من تقدم عقدهم؛ لفساد ما بعده

وجوابه: أن المفسدات التى لا تقارن الإسلام لا نعتبرها، ويدل على ذلك: أنه - عليه السلام - أمر بالاختيار فى إنشاء حكم، وتأسيس قاعدة، فلو كان ذلك معتبرا لذكره؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز.

قال مالك: وكذلك الأختان: يفارق إحداهما؛ لما فى الترمذى: أن فيروز الديلمى

---

(١) فى ط: ما فيه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٤١) من حديث قيس بن الحارث.

قال: أسلمت وتحتى أختان فقال عليه السلام: «فَارِقْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ»[(١)].

قال ابن يونس: قال محمد: والمجوسى يختار كالكتابى.

قال ابن حبيب: ويعطى لمن فارقها قبل البناء نصف صداقها؛ لأن الفراق باختياره، وابن القاسم يمنع ذلك؛ لأنه عنده فسخ.

قال محمد: فإن لم يختر حتى مات جميعهن، فللمدخول بها صداقها، ولغير المدخول بها خمس صداقها إن كن عشرة؛ لأن عليه أربع صداقات تنقسم على عشرة، ويسقط نصف ذلك؛ لعدم الدخول، وكذلك لو طلقهن، أو بعضهن غير معين، فلكل واحدة خمس صداقها قبل البناء، فإن طلق معلومة، لم يختر من البواقى إلا ثلاثا؛ لأن الطلاق اختيار، أو مجهولة ثلاثا بطل اختياره؛ لاختلاط الحرام بالحلال.

وفى الجواهر ولا مهر للمفارقات قبل الدخول؛ لأنه مغلوب على الفراق.

وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها؛ لأنه كالمتنقل، وفى الاختيار كالمطلق[(٢)]، فإن مات قبل الاختيار:

قيل: يرثه جميعهن الربع إن لم يكن ولد، ولكل مبنى بها صداقها.

قال أبو الطاهر: المشهور: أربع صداقات لجميعهن بالموت.

وقال ابن حبيب: لجميعهن سبع صداقات: أربع لأربع، ثلاث لستة، يقسم الجميع أعشار.

فرع: قال: فلو كن ثمانى كتابيات، فأسلم أربع، ومات قبل التعيين؛ لم يرثن؛ لأنه ربما كان يفارق المسلمات؛ كما لو كانت كتابية، ومسلمة وقال: إحداكما طالق، ومات قبل التعيين.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم عن أم وابنتها، اختار إحداهما قبل البناء، كانا بعقد

---

(١) من حديث فيروز الديلمى أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢)، وأبو داود (٢/ ٦٧٨) كتاب الطلاق: باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع، أو أختان، الحديث (٢٢٤٣)، والترمذى (٣/ ٤٣٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده أختان، الحديث (١١٢٩، ١١٣٠)، وابن ماجه (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح: باب الرجل يسلم وعنده أختان، الحديث (١٩٥١)، والدارقطنى (٣/ ٢٧٣) كتاب النكاح: باب المهر، الحديث (١٠٥)، والبيهقى (٧/ ١٨٤) كتاب النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(٢) فى أ: فهو كالمطلق.

واحد أو عقدين، ولا تحرم الأم بالعقد، لفساده، والإسلام لا يصححه مع الابنة.

وقال غيره: يفارقهما؛ لأن الإسلام يصححه، فهو كالعقد الواحد عليهما.

قال ابن القاسم: إن حبس الأم لا يعجبنى نكاح البنت؛ لأنه نكاح شبهة، وإن بنى بهما حرمتا أبدا، أو بواحدة أقام عليها؛ لتحريم الأخرى لها بالعقد، أو بالدخول.

وإذا ماتت امرأة الذمى، فتزوج أمها، ثم أسلم، هو كالمجوسى يسلم على أم وابنتها، ويسلمان.

قال ابن يونس: قال أشهب: تحرم الأم إذا أسلم عليها قبل البناء، وتثبت؛ لأنه عقد شبهة.

فرع: قال اللخمى: إذا أمسك أربعا فوجدهن أخوات:

قال القاضى إسماعيل: إن طلق عليه السلطان من بقى كان له عنهن تمام الأربع.

وقال عبد الملك: إن تزوجن لم يكن له عليهن سبيل؛ لأنه أحلهن بالفسخ.

وقال ابن عبد الحكم: يفسخ له نكاح من دخل بها إن اختارها، أو وقع الفراق باختياره من غير طلاق.

البحث الرابع: فى صفة الاختيار

وفى «الجواهر»: يلحق بالصريح ما أفاد معناه، كطلاق واحدة، أو ظهارها والإيلاء منها، أو وطئها، أو لو قال: فسخت نكاحها انفسخ.

الفصل الرابع: فى الردة - نسأل الله العافية - وهى مبطلة للنكاح؛ لقولـه -تعالى-: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: ٦٥] والمراد: آثار العمل؛ لاستحلاله رفع المانع[1] فيبطل آثار العقد منها الحل، فإن ارتدت المرأة فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ أى: من كفر من أزواجكم، جمعا بينه وبين قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

ووافقنا ش وابن حنبل على البطلان مطلقا، ارتدا معا، أو مفترقين.

وقال ح: هى مبطلة إلا أن يرتدا معا فيثبت؛ لتساويهما أو يرتد الزوج وحده، فينتظر فى العدة، كالكافر الأصلى.

وجوابه: أنهما استويا فى موجب الإبطال، فهما ككافرين لا نكاح بينهما وهو

(١) فى أ: الواقع.

الجواب عن الزوج وحده.

تفريع: فى الكتاب: إذا ارتد أحدهما بطلت العصمة بطلقة بائنة؛ لوجود الخلاف فى إبطال العمل بالردة، وفى انقطاع النكاح، وإن أسلم فى عدتها، فلا رجعة له؛ للبينونة، وإن أسلمت فلا رجعة؛ لبطلان أصل العقد، وإن كان أسيرا وجهل طوعا كفر، أم كرها اعتدت امرأته، ووقف ماله وسريته، فإن مات حكمنا بردته؛ لأن الأصل عدم الإكراه، وإن ثبت الإكراه؛ فهو على حال الإسلام.

قال ابن يونس: وروى عن أشهب: أن إسلام المرأة يعيدها للعصمة؛ لأن العقد للزوج لا لها، فردتها ضعيفة فى الإبطال.

وقال المخزومى: للزوج الرجعة إذا رجع إلى الإسلام فى العدة، كالكافر الأصلى.

قال اللخمى: وروى عن مالك: الردة فسخ بغير طلاق؛ كالرضاع وقيل: طلقة رجعية.

وقال عبد الملك: إن أسلم فى عدتها فلا طلاق، وإلا فطلقة.

وقال أصبغ: إذا ارتد، وامرأته نصرانية أو يهودية، لا تحرم عليه إن عاود الإسلام؛ تسوية بين ردته والكفر الأصلى، ولا خلاف أن الردة لا تبطل عقود البياعات.

فرع: فى الجواهر: إذا ادعى ردتها فأنكرت، فرق الحاكم بينهما؛ لإقراره، ولو كانت كتابية.

فرع: قال: لو تنصر يهودى، أو تهود نصرانى، أقر؛ لأن الكفر ملة واحدة.
وروى عن مالك: أنه يقتل؛ لخروجه عن الذى عوهد عليه إلا أن يسلم.

ولو تزندق أحدهما:

قال مالك: لا يقتل؛ لخروجه من كفر إلى كفر.

وقال عبد الملك: يقتل؛ لأنه كفر لا يقر عليه.

وروى عن مالك: يقتل؛ كالمسلم يتزندق.

فرع: قال ابن يونس: إذا تزوج المرتد فى ردته فلا صداق، وإن دخل بها؛ لأن ماله للمسلمين إذا قتل[١]، وللحجر بعد الردة بحيث لا ينفق على ولده.

---

(١) فى ط: قل.

قال ابن القاسم: إن ارتد وتحته ذمية، وقعت الفرقة؛ لبطلان العقد، وإن ارتد إلى دينها، ولو تزوج حال ردته ذمية، لم يجز، رجع إلى الإسلام أم لا؛ للحجر.

وقال ابن حبيب: إن تزوج بعد حبسه للاستتابة، فسخ، وإن قتل فلا صداق، كانت مسلمة أو كافرة.

وقال عبد الملك: يثبت نكاحه إذا رجع إلى الإسلام؛ لزوال الحجر.

وحمل أبو الحسن قول ابن القاسم فى عدم الصداق على أنها كانت عالمة، وقال: لو لم تعلم، لم يسقط ربع دينار؛ لأنه حق الله - تعالى - ولو رجع إلى الإسلام لكان لها جميع الصداق، تزوجها قبل الحجر أو بعده.

فرع: فى الكتاب: إذا رجع إلى الإسلام سقط عنه حق الله - تعالى - فيما تركه قبل الردة من صلاة، وصوم، وزكاة، وحد، ونذر يمين[1] بعتق وظهار؛ لقوله عليه السلام: «اَلإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ»[2].

وتثبت حقوق العباد من القذف، والسرقة، والقتل؛ كما يؤخذ به الذمى، ويأتى قتله على الردة على جميع ذلك إلا القذف، فيحد، ثم يقتل؛ ليرتفع عار القذف عن المقذوف، وإذا رجع ابتدأ الحج والإحصان؛ لحبوطهما.

قال اللخمى: وقال غيره: إذا تاب هو كمن لم يرتد، له، وعليه، فيقضى الصلاة المنسية، ولا يقضى الحج المفعول؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَـٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ ۖ وَأُو۟لَـٰٓئِكَ أَصْحَـٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَـٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧] وهذه الآية مقيدة، وتلك الآية مطلقة، والمطلق يحمل على المقيد، وإليه ذهب (ش).

وجوابه من وجهين:

أحدهما: أن القائل لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال له فى وقت آخر: إن دخلت الدار، وكلمت زيدا، فأنت حر - فإنه يعتق بالدخول وحده اتفاقا؛ لأنه جعل لعتقه سببين[3]؛ لأن الشروط اللغوية أسباب، وقد وجد أحدهما، فترتب عليه الحكم، وليس هذا من باب الإطلاق والتقييد.

---

(١) فى ط: ونذر ويمين.
(٢) يأتى تخريجه.
(٣) فى ط: سبيلين.

وثانيهما: سلمناه.

لكن المرتب على[(١)] الموافاة عليها أمران: الحبوط، والخلود وترتيب شيئين على شيئين يجوز أن يفرد أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، ويجوز عدم الاستقلال، وليس أحد الاحتمالين أولى من الآخر؛ فيسقط الاستدلال، بل الراجح الاستقلال؛ لأن الأصل عدم التركيب.

وفى الكتاب: ميراثه للمسلمين دون ورثته إن قتل، ولا يرث هو؛ لأنه دين لا يقر عليه فهو مباين لجملة الملل، ولا يأخذ ميراثا بإسلامه بعد موت المورث؛ لقيام المانع حالة الاستحقاق.

قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إنما يسقط عنه العتق غير المعين، أما المعين فلا؛ كالدين.

وقال سحنون: لا يسقط حد الزنا؛ لئلا يتذرع الناس بالردة لإسقاط الحد.

قال صاحب النكت: إذا حنث فى ظهاره، ثم ارتد، ثم أسلم - سقطت عنه الكفارة؛ كنذر المساكين، بخلاف الظهار نفسه، وسوى بعض القرويين بينهما فى السقوط.

وفى التنبيهات: قال القابسى: إذا تاب رجع؛ كأنه[(٢)] لم يزل مسلما.

فرع: إذا ارتاب فى امرأة، هل تزوجها فى العدة أم بعد الرجوع؟ فالقول قول مدعى الحمل[(٣)]؛ لأنه الأصل فى تصرفات العقلاء.

فرع: قال اللخمى: واختلف فى ولد المرتد:

فقال ابن القاسم: إذا ارتد ولحق بدار الحرب، فالمولود بعد الردة وولده الصغير وامرأته فىء.

وقال محمد: الحمل قبل الردة يجبر على الإسلام ما لم يحتلم، فيجبر عند ابن القاسم.

وقال أشهب: يجبر بالضرب.

قال ابن القاسم: المولود حال الردة يجبر قبل الحلم؛ لأن الردة لا يقر عليها،

---

(١) زاد فى ط: الردة.

(٢) فى أ: فإنه.

(٣) فى ط: الحل.

فيتبعها الولد، فإذا بلغ ترك؛ لاستقلاله.

وقال أيضا فى أهل حصن ارتدوا: يقتلون، ولا تسبى ذراريهم.

وقال سحنون: إذا ارتد ولحق بدار الحرب، وولد له، ثم تاب هو وولده، وأبى ولد ولده - فحكمه كحكم جده، ولا يسبى، ويقتل من لم يتب[1] من الكبار؛ تغليبا لإسلام جدهم السابق، ويكره الصغار على الإسلام.

ثم رجع، فقال: من بلغ ترك.

قال: فإن قتل الأب والولد صغيرا، رأى أن يحكم له بالإسلام، بخلاف ولد الذمى.

والفرق: عدم اعتبار دين الردة.

الفصل الخامس: فى السبى.

وفى الكتاب: يهدم النكاح سبيا جميعا أم لا، وعلى المسبية الاستبراء بحيضة، ولا عدة؛ لأنها صارت أمة وأصله: ما روى عن ابن وهب عن أبى سعيد الخدرى: قال: أصبنا سبايا يوم أوطاس، ولهن أزواج فكرهن أن نقع عليهن، فسألنا النبى - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك؛ فأنزل الله -تعالى -: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فاستحللناهم[2].

قال ابن قسيط: وإذا ابتعت عبدا، وامرأته من السبى قبل تفريق القسم بينهما - فلك التفريق بينهما ووطء الأمة.

قال ابن يونس: اختلف فى معناه:

قيل: إذا لم يقرهما السلطان على النكاح.

وقيل: قوله خلاف، وبيعهما جميعا إقرار على النكاح، سبيا جميعا أو الزوج ثم خرجت[3] المرأة بأمان فى العدة.

---

(١) فى ط: يسب

(٢) أخرجه مسلم (٢/١٠٧٩) كتاب الرضاع: باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء (٣٣/١٤٥٦)، وأخرجه أبو داود (٢/٢٤٧) كتاب النكاح: باب فى وطء السبايا (٢١٥٥)، والنسائى (٦/ ١١٠) كتاب النكاح: باب تأويل قول الله - تعالى -: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ (٣٣٣٣).

(٣) فى ط: دخلت.

وروى: لا سبيل لأحدهما على الآخر.

قال: ولا خلاف أن السبى يسقط عقود الأجانب وغيرهما.

وفى التنبيهات: قال محمد: إنما يهدم السبى النكاح إذا وطئ السيد بعد الاستبراء، ولم يعلم بالزوجية.

فرع: فى الكتاب: إذا باع بدار الحرب رقيقا، وذكر الرقيق أن بينهم نكاحا: إن علم ذلك ببينة ثبت النكاح؛ لأن هذا ليس بسبى، وإلا فلا؛ لاتهامهم فى إباحة الوطء.

فرع: قال: ولو أسلم الزوج بدار الحرب، وأتى إلينا، وقدم بأمان، فأسلم وسبيت امرأته، فهى فى عصمته إن أسلمت، وإلا فرق بينهما؛ إذ لا ينكح المسلم أمة كتابية، وهى وولدها ومهرها الذى عليها فىء.

قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قدمت بأمان، فأسلمت أم لا، ثم سبى الزوج بقرب ذلك، فأسلم، فهما على النكاح إلا أنها لا تجبر[١] لأجل رقه بالسبى، ويصدق التجار الكفار فى الزوجية بين المملوكين؛ لأنها عيب ينقص الثمن، فهو إقرار عليهم وليس شهادة.

المانع التاسع: الرق على أحد الشخصين للآخر، وهو يمنع فى جملة[٢] الحالات وقاله الأئمة؛ فلا يجوز للرجل نكاح أمته، ولا للمرأة نكاح عبدها، ومتى ملك أحد الزوجين صاحبه انفسخ النكاح.

قاعدة: كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده، لا يشرع؛ فلذلك لا يحد المجنون بسبب فى الصحة، ولا السكران؛ لأن مقصود الحد الزجر بما يشاهده المكلف من المؤلمات، والمذلات فى نفسه، وذلك إنما يحصل بمرآة العقل. وكذلك لا يشرع اللعان فى المجبوب ومن لا يولد له؛ لأنه لا يلحق به الولد وكذلك لا يشرع عقد البيع مع الجهالة والغرر؛ لأن مقصوده تنمية المال، وتحصيل مقاصد العوضين، وذلك غير معلوم حينئذ.

ونظائرها كثيرة؛ فلهذه القاعدة لا يشرع نكاح الرجل أمته؛ لأن مقاصد النكاح

---

(١) فى أ: أن تختر.

(٢) فى ط: جميع.

حاصلة قبل العقد بالملك، فلم يحصل العقد شيئا؛ فلا يشرع.

قاعدة: مقصود الزوجية: التراكن، والود [والامتنان][1] من الطرفين؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] ومقصود الرق: الامتهان، والاستخدام، والقهر بسبب سابقة الكفر، أو مقارنته زجرا عنه، وهذه المقاصد مضادة لمقاصد الزوجية؛ فلا يجتمعان.

قاعدة: من مقتضى الزوجية: قيام الرجل على المرأة بالحفظ، والصون، والتأديب لإصلاح الأخلاق؛ لقوله - تعالى -: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء ٣٤] والاسترقاق يقتضى قهر السادات، والقيام على الرقيق بالإصلاح، والاستيلاء، والاستهانة، فيتعذر أن تكون المرأة زوجة وسيدة؛ لتنافى البابين.

قاعدة: كل أمرين لا يجتمعان، يقدم الشرع والعقل والعرف أقواهما، والرق أقوى من النكاح؛ لكونه يوجب التمكن من جملة المنافع، والرقبة وبعض المنافع إباحة الوطء الذى لا يقضى النكاح غيره؛ فيكون الملك أقوى فيقدم، إذا تقرر ذلك فلا يتزوج الرجل أمته للقاعدة الأولى، ولا المرأة عبدها للقاعدة الثانية، ومتى دخلت الزوجية على الرق، أو الرق على الزوجية كمشترى امرأته، لا يثبت إلا الرق فى سائر الأحوال؛ للقاعدة الرابعة.

تفريع: فى الكتاب: إذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء، فسخ النكاح، واتبعته بالمهر كمن داين عبدا ثم اشتراه، أو قبل البناء، فلا مهر إلا أن تفترى هى وسيده فسخ النكاح - أى: يقصدان فلا يجوز، وتبقى زوجته؛ لأن العصمة بيد العبد، فلا يخرج من يده بالضرر.

قال اللخمى: إذا اشترته مكاتبا، أواشتراها مكاتبة:

قيل: يفسخ النكاح، لملك الرقبة.

وقيل: لا يفسخ؛ لأن العقد الآن إنما وقع على الكتابة، فإن حصل العجز فحينئذ يفسخ.

---

(١) فى ط: والإحسان.

وفى الجواهر: إذا وهبها ليفسخ(١) نكاحه:

ففى الكتاب: لا يجوز ولا ينفسخ؛ لأنه عرض فاسد

قال أصبغ: يكره ويجوز.

وقال عبد الملك: إن كان مثله يملك مثلها جاز، ويفسخ النكاح، وإلا بطلت الهبة، ولا يفسخ.

قال ابن محرز: هذا يدل من ملك على إجبار السيد عبده على قبول الهبة؛ إذ لولا ذلك لم يكن لمقصد السيد تأثير؛ لأن للعبد عدم القبول.

قال اللخمى: قال محمد: إذا اشترى أحدهما صاحبه بالخيار، لا ينفسخ النكاح إلا بقبول من له الخيار؛ لعدم تحقق المعارض، أو بالعهدة انفسخ حينئذ؛ لتحقق نقل الملك، ولذلك شرط الاستبراء، وإن كان الماء ماءه. [قال: والقياس فى المسألتين: عدم الفسخ الآن.

وفى الكتاب: لا يتزوج الرجل مكاتبته، ولا أمته، ولا المرأة](٢) عبدها، ولا مكاتبها، ولا يتزوج أمة ولده؛ لأنه لو زنا بها لم يحد كأمته.

وفى الجواهر: إن فعل سقط الحد، وتحرم على الابن بالمصاهرة، ويلحق النسب، وينعقد الولد على الحرية، وتصير أم ولد له، وينقل الملك إليه بمجرد الوطء، وتثبت قيمة الولد من غير خيار له.

وقال عبد الملك: له التمسك فى عسر الأب ويسره ما لم تحمل، إذا كان الابن مأمونا على غيبته عليها، فإن كانت موطوءة للابن ملكها الأب بالاستيلاد، وحرم عليه وطؤها بوطء الابن، فتعتق عليه؛ لتحريم الوطء.

وفى الكتاب: ويتزوج أمة ولده إذ لو زنا بها حد.

فرع: قال: إذا اشترى أمة من أبيه لم تكن له أم ولد بحملها، ولا ولدها، ولا قبل الشراء لعتقه على جده(٣) بخلاف أمة الأجنبى.

وقال غيره: لا يجوز شراؤه لها؛ لعتق حملها على الجد.

---

(١) فى ط: انفسخ.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٣) فى ط: المعتقة على هذه.

فرع: قال: الأحسن ألا يطأ أمة عبده، ولا يزوجها منه إلا بعد الانتزاع فإن فعل صح؛ لأن التزويج انتزاع، ولا يصح زواج أحد لأمته إلا فى هذه الصورة.

فرع: قال اللخمى: قال محمد: إذا أخدم السيد عبده لامرأة العبد، والأمة لزوجها، إن كان مرجع العبد للحرية انفسخ النكاح، إن قبل المخدم للخدمة، أو إلى سيده أو غيره بالملك لم ينفسخ؛ لتعذر ملك غيره المرأة عليه.

المانع العاشر: الرق فى بعض الحالات، وهو الرق الثابت على المرأة لغير الزوج.

وقال اللخمى: تزويج الأمة جائز، ومختلف فيه:

فالجائز: كل أمة يكون ولدها حرا من ذلك النكاح، كأمة الأب، والأم والأجداد والجدات.

وقيل: الأب، والأم خاصة.

وأجاز ابن عبد الحكم أمة الابن.

وكل هذا إذا كان السيد حرا، أما لو كان عبدا يكون الولد رقيقا للسيد الأبعد ونكاح لا يرجى نسله، كالخصى، والشيخ الفانى، فإن الشرع إنما منع الأمة؛ صونا للولد عن الرق، ونكاح العبد إذ لا عار عليه فى رق ولده.

والمختلف فيه: حيث يكون ولد الحر رقيقا من ذلك النكاح، فالمشهور: المنع.

وفى الجواهر: لا يجوز إلا بثلاثة شروط:

عدم الطول.

وخشى العنت.

وكونها مسلمة.

وقاله ش؛ لقوله -تعالى-: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله: ﴿لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] وروى عن مالك: الجواز مطلقا.

منشأ الخلاف: مفهوم الشرط الذى فى الآية، هل هو ليس بحجة فيتأتى قول مالك؛ لأن الآية لم تدل على المنع بمنطوقها بل بالمفهوم؟ أو حجة؛ فيأتى قول ابن القاسم؟

وإذا فرعنا على المشهور، ففى الكتاب: الطول صداق الحرة؛ لقوله -تعالى-:

﴿ٱسْتَـْٔذَنَكَ أُو۟لُوا۟ ٱلطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ [التوبة: ٨٦] ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ﴾ فيدل على أن الطول المال والقدرة. وقاله ش ولا يراعى القدرة على النفقة؛ لأنها شرط فى التمكن من البقاء إلا فى العقد، واشترطها أصبغ؛ لأنه لا يزوج إن علم عجزه عنها.

وروى: أن الطول: وجود الحرة فى عصمته؛ لأن القدرة عليها إذا امتنعت، فهو أولى، وعلى المشهور لو عدم المال، وخشى العنت أبيحت له الأمة وإن كان تحته ثلاث حرائر.

قال القاضى أبو بكر: ولو قدر على صداق كتابية[١] لا يتزوج الأمة، ولو عالته الحرة فى المهر فسرق، فلم يجد غيرها، تزوج الأمة، ولو قنعت بدون صداق المثل، وهو قادر عليه، حرمت الأمة.

وأما العنت: فهو الزنى، سمى بذلك؛ لأن أصله التضييق، لقوله - تعالى -: ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠] أى: ضيق[٢] عليكم، ومنه: التعنت فى الصحبة، ولما كان الزنى يؤدى إلى عذاب الله -تعالى - وكفى به حرجا سمى عنتا؛ من تسمية السبب باسم المسبب، وإنما يتم بغلبة الشهوة، وضعف الخوف من الله - تعالى - فإذا اشتد الخوف، وأمن على نفسه: حرمت الأمة.

فرع: لو هوى أمة بعينها يخشى من الزنى معها دون غيرها، ولم يمكنه الصبر - فرويت إباحتها دفعا للزنى.

وخرج القاضى أبو الوليد هذه الرواية على عدم اعتبار الشرطين، والقدرة على صرف العنت بالتسرى يمنع الأمة.

فرع: قال: إذا تزوجها لحصول الشرائط، ثم قدر على الحرة - لم يفسخ نكاح الأمة، وإن قلنا: الحرة طول؛ لوقوع العقد صحيحا، وقاله الأئمة.

قال اللخمى: وقال ابن حبيب: يجوز له البقاء إذا أفاد طولا، أما إن تزوج حرة حرمت عليه الأمة.

قال أبو الطاهر: واستقرأ اللخمى وجوب المفارقة.

---

(١) فى ط: كتابته.
(٢) فى ط: لضيق.

وفى المقدمات: وأما إن أمن العنت؛ لا يؤمر معه بالمفارقة قولا واحدا، والفرق أن ميل الشهوات غير منضبط ولا مأمون، بخلاف وجود المال.

قاعدة: الموانع الشرعية ثلاثة أقسام:

منها ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره؛ كالرضاع يمنع ابتداء الحكم، ويقطعه إذا طرأ عليه، والرق فى أحد الزوجين.

ومنها: ما يمنع ابتداء فقط، كالاستبراء، يمنع العقد، وإذا طرأ لا يمنع.

ومنها: ما اختلف فيه هل يلحق بالأول، أو بالثانى؟ كوجود الطول، والماء فى التيمم يمنع ابتداء التيمم، وهل يبطله إذا طرأ عليه؟ خلاف، والإحرام يمنع وضع اليد على الصيد وهل يحرم الإمساك؟ خلاف.

وينعطف البحث هنا على قاعدة أخرى، وهى: أن الشرع إذا نصب سببا، أو شرطا لحكمة هل يجوز اعتبار تلك الحكمة إن وجدت منفردة؟ الأصح منعه؛ كنصب السرقة سببا للقطع لحكمة صيانة المال، وقد وجدت الحكمة فى حق الغاصب وغيره، ولا يقطع.

والزنى سبب الرجم؛ لحكمة صيانة الأنساب، فلو خلط الأنساب بغير زنى، لا يرجم، وكذلك ههنا نصب الطول سببا للمنع من العقد على الأمة؛ لحكمة إرقاق الولد، فهل تراعى هذه الحكمة حيث وجدناها، أو بعد العقد فتحرم الأمة أم لا؟ خلاف.

ونظائره كثيرة، وقد تقدم بسطه فى الرضاع وغيره.

فرع: قال اللخمى: إذا تزوج أمته على أن ما تلده حر، فسخ قبل البناء وبعده؛ لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد.

قال: ولها المسمى، والولد، والولاء لسيده؛ تنزيلا لاشتراطه منزلة العقد.

قال محمد: فإن باعها، فولدها عبد المشترى.

قال: وكذلك أرى إن لم يبع، وفسخ الشرط، أو رجع السيد فيه قبل تحمل؛ لأن الرضا بالفاسد لا يلزم، فإن استحقت أخذ المستحق ولدها، وبطل عتق من عتق قبل ذلك، ولو غره السيد بأنها ابنته، عتق الولد؛ لنشأته على الحرية، وللسيد على الأب القيمة عند ابن حبيب، خلافا لمطرف.

فرع: فى الجواهر: إذا تزوج أمة بشروطها فلم تغنه، فله الزيادة إلى الأربع، ولو

استغنى بالأولى، ففى إباحة ما زاد خلاف؛ لتعين الرق للنسل، ووافقنا ح وقال ابن حنبل، و (ش): لا يجوز أن يزيد على الواحدة، وإن لم يستغن بها وأباح حماد اثنتين.

لنا: أن الحاجة متحققة فى غير الواحدة، وهى المبيحة للواحدة؛ فوجب أن يبيح ما عداها.

فرع: فى الكتاب: لا تتزوج حرة على أمة؛ لما فيه من أذية الحرة بسوء المقارنة، فإن فعل جاز، وخيرت الحرة فى نفسها بطلقة بائنة؛ كعيب حدث فى الزوج يوجب الفراق، بخلاف اختيار المعتقة؛ لتوقع عتق الزوج، وكذلك تخير إذا تزوج أخرى.

قال صاحب المنتقى: فى كتاب محمد: إن طلقت ثلاثا نفذ. قال صاحب المقدمات: إذا تزوج الحر أمة على الحرة، فعلى القول بعدم اشتراط الطول والعنت، وهو المشهور عند ابن القاسم، خلاف المشهور عند مالك، فلا كلام للحرة إلا عند التونسى؛ لأنها من نسائه ابتداء كالحرة الدنيئة.

وعلى القول بالاشتراط فخمسة أقوال:

الخيار للحرة فى نفسها كانت الداخلة على الأمة أو بالعكس.

والثانى: إن كانت داخلة تخيرت فى نفسها؛ لأنها فرطت فى التعرف والأمة الداخلة، فلها الخيار فى الأمة؛ دفعا للضرر.

والثالث: إن دخلت الأمة عليها فلها الخيار فى نفسها، أو بالعكس فلا خيار لها.

والرابع: إن دخلت الأمة عليها فسخ نكاح الأمة؛ لأن الحرة طول.

والخامس: إن دخلت الأمة فسخ نكاح الأمة، وإن دخلت الحرة لم يفسخ نكاح الأمة؛ لأن العقد جائز.

قال صاحب البيان: على قول ابن القاسم لا مقال للحرة، وهو الذى تدل عليه ألفاظ المدونة.

وتأول التونسى أن القول لها على القولين، وهو يصح على قول عبد الملك الذى يرى الخيار لها، وإن كان زوجها عبدا.

وقال (ح) و(ش): لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولو أذنت؛ لأنها طول عندهما، ويجوز نكاح الحرة على الأمة.

وقال ابن حبيب: نكاح الحرة طلاق الأمة.

قال اللخمي: ولا أرى الخيارين بل تخير هل ترضى المقام أم لا؟ فإن لم ترض كان الخيار للزوج يطلق أيهما أحب، وينبغي أن يعلمها إن كان يؤثر الأمة فعلّها تختار البقاء.

وفي الكتاب: يجوز نكاح الحرة على الأمة، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت، فإن كانتا اثنتين، فعلمت بإحداهما دون الأخرى فلها الخيار بعد علمها بالأخرى، وأما إذا تزوج العبد الحرة على الأمة أو بالعكس فلا خيار؛ لأن الأمة من نسائه، ولأنها رضيت بمقارنة العبد مع وصف الاستيلاد.

وقال اللخمي: قال عبد الملك: لها الخيار لمزيد الضرر.

[فرع][1]: إذا تزوج الأمة والحرة في عقد، وسمى لكل واحدة صداقها، فسخ في حق الأمة، وبقيت الحرة، ثم قال: إن علمت الحرة جاز، ولا خيار لها وإلا خيرت في نفسها.

قال اللخمي: إذا علمت بالأمة، وأن الرجل لا تكفيه حرة، ولا يجد طول أخرى[2]، فنكاح الأمة جائز إلا أن نقول إن[3] الحرة طول، وإن تكفه الحرة أو يجد طولا، فسخ[4] نكاح الأمة، وإن لم تعلم بأن التي معها أمة، والزوج يجوز له نكاح الأمة، كان الحق للأمة، ويجرى على الخلاف، وإذا فسد نكاح الأمة صح[5] نكاح الحرة، وإن اتحد العقد؛ لافتراق الملك.

وقال ابن القاسم: يفسد لجمعه حلالا وحراما؛ كالأم وابنتها في عقد، فإن كانت الأمة ملكا للحرة، فسخ على المشهور؛ لجمع العقد بين حلال وحرام لملك واحد.

المانع الحادي عشر: كونها أمة للابن؛ لأنها كأمته لعدم إقامة الحدود عليه في الزنى، والسرقة من مال ابنه، وقاله ابن حنبل خلافًا لـ (ح).

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ط: الأخرى.
(٣) سقط في ط.
(٤) في أ: فسد.
(٥) في ط: فسخ.

المانع الثانى عشر: كونها أم السيد؛ لأن ملك ابنها كملكها، فكما لا تتزوج بعبدها فكذلك عبد ابنها.

المانع الثالث عشر: الإحرام؛ فلا يجوز تزويج المحرمة، وقد تقدم بسطه فى الحج.

المانع الرابع عشر: المرض؛ فلا تجوز المريضة وكذلك المريض، وقد تقدم بسطه فى أحوال الزوج.

القطب الثالث: المعقود به وهو الصداق

وفى التنبيهات: يقال: بفتح الصاد، وكسرها، وأصدقة، وصدقة.

وفى الجواهر: لا يجوز التراضى بإسقاطه لقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أى: من الصداق.

وقوله -تعالى-: ﴿وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ يقتضى اختصاص المرأة بالنبى ﷺ دون المؤمنين

وقوله تعالى: ﴿خَالِصَةٗ﴾ لابد فيه من زيادة فائدة؛ لأن الأصل عدم التكرار، وهى اختصاص الهبة به دون المؤمنين فلا تجوز لغيره؛ فيتعين اشتراط الصداق، ولا يلزم التصريح به؛ لقوله -تعالى-: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فنص - تعالى - على شرعية الطلاق فى صورة عدم الفرض، ومشروعيته دليل على صحة النكاح، والواجب لا بد أن يقدر حتى يخرج المكلف عن عهدته.

قال اللخمى: وقدره ربع دينار، أوثلاثة دراهم، أو ما يساوى أحدهما.

وقيل: ما يساوى ثلاثة دراهم، كقول ابن القاسم فى السرقة.

وفى القبس: قال ابن وهب: أقله: درهم واحد(١)؛ لطلبه - عليه السلام - خاتما من حديد(٢).

---

(١) فى ط: ونحوه.

(٢) من حديث سهل بن سعد أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٥٢٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الصداق (٨)، والبخارى (٩/٩٧) كتاب النكاح: باب السلطان ولى (٥١٣٥)، وأطرافه فى (٢٣١٠-٥٠٢٩-٥٠٣٠-٥٠٨٧-٥١٢١-٥١٢٦-٥١٣٢-٥١٤١-٥١٤٩-٥١٥٠ =

وعند ح عشرة دراهم؛ لأنه نصاب السرقة عنده، فإن تزوجها بخمسة، وطلقها قبل البناء أخذتها؛ لأن الصداق الواجب عنده لا يتشطر، واحتج بقوله -عليه السلام -: «لَا صَدَاقَ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ(١)».

قال صاحب الاستذكار: ولم يثبته أحد من أهل العلم.

وعند ش: هو غير مقدر بل ما يطلق عليه اسم مال.

وعند ابن حنبل: ما يطلق على نصفه اسم مال؛ ليبقى لها المسمى بعد التشطير؛ لقوله -تعالى -: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] فيقتصر على المسمى قياسا كسائر الصور التى أطلقت فيها النصوص.

وجوابهما: أن هذه القاعدة صحيحة لكن السنة أبطلت الاقتصار على المسمى، ههنا وهى ما فى الموطأ أنه - عليه السلام - جاءته امرأة، فقالت يا رسول الله قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا، فقام رجل، فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال عليه السلام: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ» فقال: ما عندى إلا إزارى هذا. فقال: عليه السلام: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا» فقال: لا أجد شيئا. فقال: «اِلْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ» فالتمس فلم يجد شيئا. فقال له - عليه السلام -: «هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ»؟ فقال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا - لسور سماها - فقال عليه السلام: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ(٢)».

يدل من أربعة أوجه:

= - ٥٨٧١ - ٧٤١٧)، ومسلم (٢/ ١٠٤٠) كتاب النكاح: باب الصداق (٧٦ - ١٤٢٥).

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٤٤) كتاب النكاح: باب المهر، حديث (١١)، والعقيلى فى الضعفاء الكبير (٤/ ٢٣٥)، وابن عدى فى الكامل (٣/ ٤١٨)، والبيهقى (٧/ ٢٤٠) كتاب الصداق: باب ما يجوز أن يكون مهرًا، من طريق مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء، وعمرو بن دينار عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم». وقال الدارقطنى: مبشر بن عبيد: متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها. وقال العقيلى: حدثنا عبد الله، قال: سمعت أبى - أحمد بن حنبل - يقول: شيخ يقال له: مبشر بن عبيد كان يكون بحمص، وأصله كوفى، روى عنه بقية وأبو المغيرة - أحاديثه أحاديث موضوعة كذب. وسمعته مرة أخرى يقول: مبشر بن عبيد ليس بشىء، يضع الحديث أ.هـ .

(٢) تقدم.

أحدها: قوله: «ما عندى إلا إزارى»، ومعلوم بالعادة أن الإنسان لا يعجز عن حجر، أو حطب أو ما يساوى فلسا؛ فدل ذلك على أن المراد: ما له بال وإلا فالعادة تكذبه، وكان عليه السلام يكذبه حينئذ.

وثانيها: قوله «ما أجد شيئا» بعد قوله - عليه السلام - «التمس شيئا» ومعلوم أنه لو التمس ما ذكرناه لوجده.

وثالثها: قوله - عليه السلام -: «التمس ولو خاتما من حديد» فى معرض المبالغة يقتضى أن ذلك أقل ما يجزى، ومعلوم أن الخاتم أعظم من أقل ما يتمول.

ورابعها: قوله «فالتمس شيئا» ومعلوم أنه لم يجد ما تقدم ذكره، فدل ذلك على أن المراد بالآية: ما له قدر من المال؛ فيتعين ما ذكرناه لأنه عضو، فيستباح بالمال؛ فوجب أن يقدر ما ذكرناه كقطع اليد فى السرقة.

وأما (ح): فوافقنا فى المدرك غير أنه خالف فى نصاب السرقة فنجيبه فى بابه إن شاء الله.

فرع: قال ابن يونس: إذا تزوجها بغير صداق، قال سحنون: يفسخ بعد الدخول.

قال أشهب: ولها بعد البناء والفسخ ثلاثة دراهم.

وقال ابن وهب: صداق المثل؛ لبطلان ما حصل الرضا به.

وفى الكتاب: لا يفسخ بعد البناء ولها صداق المثل.

فرع: قال صاحب المقدمات: استحب العلماء عدم المغالاة فى الصداق؛ لأن صداق أزواجه - عليه السلام - كان خمسمائة درهم لغالبهن مع فرط شرفه وشرفهن(١).

فرع: [قال صاحب الكتاب](٢): إذا تزوج بدرهمين أو ما يساويهما، فسخ إلا أن يدخل فيجبر على الإتمام ولا يفسخ؛ للخلاف فى هذا الصداق.

وقال غيره: يفسخ قبل البناء أو بعده، وإن أتم، ولها صداق المثل بعد البناء؛ كمن تزوج بغير صداق.

---

(١) من حديث عائشة أخرجه الشافعى (٢/ ٥) كتاب النكاح (١)، ومسلم (٢/ ١٠٤٢) كتاب النكاح: باب الصداق (٧٨ - ١٤٢٦).

(٢) فى ط: فى الكتاب.

قال ابن القاسم: وإن طلق قبل البناء، فلها درهم؛ لقوله -تعالى -: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إذا لم يتم فسخ بطلقة، ولا شيء لها، لا نصف الدرهمين ولا غيره؛ لأن التشطير فرع الصحة، ونحن لا نصححه

والصواب: لها نصف الدرهمين، والفسخ عندنا استحبابا.

وفى الصداق نظران:

النظر الأول: فى الصحيح، وفيه أربعة عشر فصلا:

الفصل الأول: فيما يجوز فيه من الغرر.

قال أبو الطاهر: والغرر الفاحش ممنوع فيه ابتداء اتفاقا، فإذا وقع ففى مضيه بالعقد - لما يتعلق به من تحريم المصاهرة، أو بالدخول؛ لأنه فوت له، ويفسخ مطلقا؛ لأنه ليس مالا، والصداق ركن العقد - ثلاثة أقوال.

وفى الفسخ قبل الدخول على الوجوب أو الندب، قولان.

وأما غير الفاحش:

ففى الكتاب: يجوز على بيت، أو خادم غير موصوف، ولها الوَسط، والبيت اللائق بها وعلى شورة إن كانت معتادة.

وفى التنبيهات: الشَّوار بفتح الشين ما يحتاج إليه البيت من المتاع الحسن والشارة الحسنة[1] وحسن الملبس والشُّورة - بالضم - الجمال.

وعلى مائة بعير غير موصوفة ولها الوسط من الأسنان، وليس للزوج دفع القيمة إلا أن ترضى، ووافقنا (ح).

وقال ش، وابن حنبل: لا يجوز إلا بمعلوم موصوف؛ كالبيع، ومتى أطلق النقد أو غيره فهو حال؛ لأنه أصل المعاملة، وإن أظهروا مهرا، وأسروا دونه، فالمعتبر السر إن شهدوا به لأن اللزوم يتبع الرضا بالبدل.

وقال ابن حنبل: المعتبر[2] العلانية، ولو أظهروها تجملا؛ لأنها تسمية فى عقد صحيح فتجب.

---

(١) فى ط: والشارة والهيئة.

(٢) فى ط: لا تعتبر.

وقال ح: إن خالفت العلانية ما عقد عليه سرا، فالعلانية إلا أن يشهدا على السر؛ فتدل الشهادة على أن زيادة العلانية هزل.

قال صاحب البيان: إذا كان الصداق عبدا، ولم يبين أهو من الحمر أو من السودان - فلها وسط الأمرين، ولها فى الثلاثة رأس من وسط الجنس، ونصف قيمة الآخر يوم وقع العقد؛ نفيا للشركة فى الرقيق.

قال ابن القاسم: والأشبه الشركة.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: إن تزوجها على أن يبنى لها بيتا، وهى بقعة معينة فى ملكه، ووصف الطول والعرض والبناء - جاز، وإن كانت مضمونة فلا؛ لفرط الغرر(١).

وقال محمد: ولها الأغلب من رقيق البلد، فإن استوى أعطيت النصف من السودان، والنصف من الحمران، على قدر قيمة ذلك من(٢) يوم العقد.

وقال سحنون: لا يجوز على خادم حتى يسمى جنسها؛ فيتعين وسط ذلك الجنس، وإلا فسخ قبل البناء، وثبت بعده، ولها صداق المثل.

وقال ابن الحكم: لا يجوز إلا على معلوم مقدر، كقول ش.

لنا: قوله - عليه السلام -: «اَلصَّدَاقُ مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الأَهْلُونَ»(٣).

قاعدة: الغرر والجهالة ثلاثة أقسام:

جائز إجماعا فى جملة العقود: كجهالة أساس الدار، وبطن الأجنة وغرر كون المبيع لا يبقى حتى يقبض.

وممنوع فى جميع عقود المعاوضات: كالطير فى الهواء، ومختلف فيه: كبيع الغائب، والسلم فى الحيوان، والنكاح على ما عين(٤) جنسه لا نوعه، فمن العلماء من يلحقه بالقسم الأول، ومنهم من يلحقه بالثانى.

---

(١) فى أ: العذر.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٤٤)، والبيهقى فى السنن (٧/ ٢٣٩) من حديث ابن عباس، بلفظ «أنكحوا الأيامى» ثلاثًا، قيل: ما العلائق فيهم يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيب من أراك.

(٤) فى ط: بين.

قاعدة: العقود ثلاثة أقسام:

منها ما ينافى مقصوده الجهالة والغرر، كالبيع؛ لأن مقصوده تنمية المال، وهى غير منضبطة معهما؛ فلذلك امتنعا فيه إجماعا.

ومنها ما لا ينافيان مقصوده، كالهبة؛ فإن مقصودها الود[١] وهو حاصل معهما، وكالصلح المقصود به دفع الخصومة، وهى مندفعة بالرضا بما هما فيه، وكالخلع مقصوده خلاص المرأة من رق النكاح، وهو حاصل بالرضا بما هما فيه؛ فلا جرم قلنا بجوازهما فى هذه الأمور.

ومنها ما ينافيانه من وجه دون وجه كالنكاح: فمن جهة أن مقصوده المواصلة لا ينافيانه، ومن جهة أن المالية شرط ينافيانه، فإذا قاس (ش) وابن حنبل على البيع، بطل قياسه بالفرق، أو راما الاستدلال بالنص فلم يرد إلا فى البيع فلا يتناول صورة النزاع، ولو تناولها خصصناها[٢] بالفرق المذكور، ولهذا التقرير جوزنا منهما فى الخلع ما لا يجوز فى النكاح.

فائدة: الغرر: هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا، وإن كان معلوما كالآبق إذا كانا يعرفانه، والمجهول هو الذى لا تعلم صفته، وإن كان مقطوعا بحصوله، كالمعاقدة على ما فى الكم، وقد يجتمعان كالآبق المجهول، فلا نعتقد أن المجهول والغرر متساويان، بل كل واحد منهما أعم وأخص من وجه.

تنبيه: الغرر سبعة أقسام:

فى الوجود[٣]، كالآبق.

والحصول، كالطير فى الهواء

والجنس كسلعة لم يسمها.

والنوع كعبد لم يبين نوعه.

والمقدار، ما تصل إليه رمية الحجر.

والتعيين، كثوب من ثوبين مختلفين.

والبقاء، كالثمرة قبل بدو صلاحها.

---

(١) فى ط: الرد.

(٢) فى ط: حتى خصصناها.

(٣) فى ط: الموجود.

الفصل الثانى: فى ضمانه:

وفى الكتاب: إذا زوج ابنته وضمن الصداق، لزمه، ولا يرجع به الأب على الزوج، وإن مات أخذته من رأس المال، وإن لم يترك شيئا فلا شىء على الزوج وفاء بالشرط، فإن لم يدخل بها منعت نفسها حتى يدفع الصداق؛ لأن بضعها بيدها وكذلك لو ضمنه أجنبى عن الزوج، وكذلك كل من وعد بشىء، وأدخل الموعود به فى أمر بسبب وعده.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا طلق الابن قبل البناء، وقد ضمن عنه الأب - رجع النصف للأب، ولا يأخذه الابن؛ لأنه إنما التزم ما يلزمه لأنه وهبه.

قال ابن حبيب: وإن ظهر فساد النكاح، رجعت جملته للأب، ولو تفادى الزوجان[1] قبل البناء على المتاركة، والعقد صحيح، رجع الأب بما أدى[2]، وسقط عنه إن لم يؤد، قاله ابن القاسم.

وقال عبد الملك: يرجع الزوج بنصف ما وجب له بالطلاق، كما لو باراها بعد البناء على رد الجميع.

وقال عبد الرحمن بن عوف: العطايا فى عقد النكاح لا تفتقر إلى القبض، ولا تبطل بموت المعطى؛ لأنها معاوضة.

وإن طلق الزوج بعد البناء، أو مات لا ترجع إلى المعطى.

وقيل: ترجع العطايا للأب إذا فسخ النكاح قبل البناء كتحمل الصداق.

وصورة العطايا: قوله: تزوج ابنتى وأنا أعطيها كذا، أو: ابنى وأنا أعطيه كذا[3].

وفى الجواهر: الصداق مضمون على الزوج إن كان فيه حق توفيته وإلا فلا كالبيع، وحكمه فى التلف، والتعييب، وفوات المنافع، وتوفيتها والأخذ[4] بالشفعة حكم البيع.

فرع: فى الكتاب: إذا زوج اليتيمة البكر وليها بأمرها، وقبض صداقها - لم يجز قبضه عليها إلا أن يكون وصيا؛ فإن الولى لم يجعل له الشرع أمر المال، وإذا قبضه

---

(١) فى أ: تفادى الأب الزوجان.
(٢) فى ط: ودى.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى ط.

الأب للثيب[(١)] بغير إذنها ضمنه؛ لأنه متعد فى القبض بغير وكالة، كما لو قبض دينها[(٢)] فلها الرجوع على الغريم.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا قبضه الأب باقتضاء من الزوج، ضمن. وإن كان الزوج أرسل الأب به، لم يضمن؛ لأنه وكيل للزوج، وأما قبضه للبكر بالبينة، وتضيعه الابنة فلا شىء عليه ولا على الزوج، أو بغير بينة فعلى الزوج دفع الصداق ثانية؛ سدا للذريعة كما[(٣)] فى النكاح بغير صداق، ولا شىء للزوج على الأب؛ لتفريطه، قاله أشهب.

وقال ابن القاسم: إذا أقر الأب بقبضه، وضاع، ولا بينة على الزوج، صدق الأب، ولا شىء على الزوج: لأن الأب له قبضه بغير وكالة.

قال صاحب البيان: إن قال الأب: جهزتها به، وأنكرت - حلف وبرئ، إلا أن تكون قريبة الدخول، وتكذبه قرينة العرف، ولو ادعى تجهيزها بإرث أمها، أو غير ذلك، وأنكرت لما كان القول قوله؛ لأن فى التجهيز بالمهر عادة بخلاف غيره، والأصل: بقاؤه فى ذمته.

[فلو ادعى أن ما][(٤)] جهزها به عارية، صدق بشرطين: حدثان البناء، وبقاء ما يجهز به مثلها مع يمينه، وهذا فى الأب، خاصة فى البكر، وهو فى الثيب كالأجنبى إلا أن تكون فى ولايته، والوصى كالأب.

وروى عن ابن القاسم: لا يقبل قول الأب إلا ببينة.

والأول المشهور.

فرع: قال أشهب: إذا أقر فى مرضه بقبض صداق ابنته، أخذ من ماله، إن كان الزوج موسرا، وإلا فلا؛ لأنه يتهم بالوصية لها.

فرع: قال: إذا قبض السيد الصداق، ثم فلس، فباعها السلطان عليه، فاشتراها الزوج قبل البناء - رجع على السيد بنصف الصداق؛ لأنه اشتراها عالما بتحريمها

---

(١) فى أ: للابنة.
(٢) فى ط: ديونها.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: ولو ادعى أن بعض ما.

بالشراء، فهو كالمطلق قبل البناء، ولو اشتراها(١) من السلطان غير عالم أنها(٢) امرأته، رجع بجميعه على السيد، بخلاف إذا باعها السيد منه لا شيء له إذا كان عالما؛ لأن السيد لما كان أملك بالبيع غلب أمره على أمر الزوج، فكأن الفسخ جاء من قبله، ولو باعها لمن اشتراها للزوج، وهو لا يعلم، فهو كبيع السلطان، له نصف الصداق.

وقال عيسى: بيع السلطان كبيع السيد يرجع بجميع الصداق.

قال: وهو بعيد.

فرع: قال صاحب النكت: إذا قبضته فى النكاح الفاسد فى عقده، وفسخ قبل البناء وبعد تلفه، لم يضمنه؛ كالنكاح الصحيح، بخلاف الفاسد فى الصداق، فإنها تضمن؛ لأنه لو دخل بها كان لها صداق المثل، والفاسد فى عقده لها عين ذلك الصداق؛ فأشبه الصحيح.

قال صاحب البيان: المرأة ضامنه للعين(٣)، وما يغاب(٤) عليه من العروض إلا أن تقوم البينة على تلفه كالعارية، وعلى القول بأن الغلات تختص بما(٥) تضمن ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه، وإن قامت البينة وروى عن مالك.

الفصل الثالث: فى هبته

وفى الكتاب: إذا وهبته للزوج بعد القبض، أو قبله، وهى نافذة التصرف فلا رجوع لها.

أو بعضه، فلها نصف ما بقى.

أو لأجنبى قبل القبض، نفذت الهبة إن حملها ثلثها، وإن زاد عن الثلث بطل الجميع؛ لأن المرأة محجور عليها بسبب الزوج فى مالها إلا فى الثلث، فيكون هذا التصرف باطلا إلا أن يجيزه الزوج

وإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت موسرة قبل البناء، أخذه من الزوج؛

(١) فى أ: اشترى بها.
(٢) فى ط: بأنها.
(٣) فى ط: المعين.
(٤) فى ط: يغلب.
(٥) فى ط: بها.

لذهاب الحجر، ورجع الزوج عليها بنصفه، أو معسرة حبس الزوج نصفه، ودفع نصفه، ولو قبضه كله قبل الطلاق، لم يرجع الزوج بشيء، كانت موسرة يوم الهبة أو معسرة، أو الآن ويتبعها الزوج بنصفه كما لو هلك بسببها عندها.

وقال غيره: إن كانت موسرة يوم الهبة، ولم يقبضه حتى طلقت - لم ينظر لعسرها يوم الطلاق، ويدفعه الزوج للموهوب له(١) ويتبعها بنصفه نظرا إلى حالة التصرف.

وقال ابن يونس: فى كتاب محمد: إذا وهبته لزوجها قبل البناء لا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار؛ لئلا يعرى البضع من الصداق، أو بعد البناء فلا شيء لأحدهما على الآخر.

قال صاحب النكت: إذا لم يقبضه حتى طلق الزوج، وروعى عسرها ويسرها يوم الطلاق، لا ينظر إلى ثلثها إن كانت حاملا، وإنما يراعى يسرها بذلك القدر فقط؛ لزوالها عن عصمة الزوج.

وعلى قول الغير فى اعتبار يسرها يوم الهبة ينظر إلى الثلث؛ لأنه وقت الزوجية(٢).

وفى الجواهر: إذا وهبته جملتها، ثم طلقها قبل البناء - لم يرجع عليها بشيء؛ كأنها عجلت إليه ما تستحقه بالطلاق، وإذا وهبته لأجنبى وقبضه، رجع الزوج عليها، فهل ترجع على الموهوب كواهب المستحق أم لا؟ لأنها وهبت، وهى عالمة بتوقع الارتجاع، وكما أنها لا تنقض البيع فكذلك ههنا، وإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت، أجبرت على الإقباض إن كانت موسرة يوم الطلاق؛ لأنها قادرة على تعويض الزوج، ولا تجبر إن كانت معسرة يوم الهبة أو الطلاق. [فإن كانت موسرة يوم الهبة معسرة يوم الطلاق](٣):

قال ابن القاسم: تجبر.

وقال غيره: لا تجبر.

وهو على الخلاف فى استقرار ملكها.

ولو خالعته قبل البناء بنصفه، كان لها نصف ما بقى أو جملته؛ فلا شيء لها،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: للتزويج.
(٣) سقط فى أ.

وكذلك عين غيره؛ لأن المخالفة بغيره دليل على إسقاطه، وترده إن كانت قبضته.

وقال أصبغ: إن قبضته فلا؛ لأنه من جملة أموالها إلا أن يشترط رده، أو بما أقل من الصداق، رجعت بنصف الصداق؛ [لقرينة القلة](١).

فرع: قال اللخمى: إن تزوجته على أن يهب عبده لفلان فطلق قبل البناء، رجع على الموهوب له بنصفه إن كان قائما، وإن هلك فنصف قيمته عند أشهب، ولا شىء عليه عند محمد؛ لأنه لو هلك بيد المرأة سقط، وإن حدث به عيب أخذ نصفه معيبا، وإن باعه الموهوب بنصف الثمن، أو أعتق، أو وهبه عالما بأنه صداق، فنصف قيمته يوم التصرف، وإلا فلا شىء عليه، ولا يرد العتق؛ لأنه مكن من ذلك، واستحسن رد الهبة إن كان طعاما أكله، أو ثوبا لبسه؛ للتهمة فى العادة.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من تزوج بكرا بمائة فأعطته من عندها فعلم الأب، ثبت النكاح؛ لوجود التسمية، ويردها، ومن أعطته امرأة مالا على أن يتزوجها إن كانت ثيبا، وزادها ربع دينار على عطيتها - جاز، أو بكرا، ولم يبن بها، فإن أتم الصداق، وإلا فسخ، أو بنى فصداق المثل.

ثم رجع، فقال: لا يفسخ بنى أم لا، ويعطى البكر من ماله مثل عطيتها، ويزيد الثيب ربع دينار.

وأما رد المهر إلى الزوج:

فقال أبو عمران: هو نكاح وسلف لا يجوز إن وقعت الغيبة على النقد، وإن لم يغب، واشترط ذلك كان العقد صحيحا، وإذا فسد ثبت بعد البناء، وفسخ قبله؛ لأن فساده فى صداقه، ولها صداق المثل.

الفصل الرابع: فى التغييرات(٢) الواردة عليه.

فى الجواهر: إذا تغير قبل الطلاق بزياة، أو نقص، أو بزيادة من وجه ونقصان من وجه - فالزيادة عليهما، والنقصان عليهما؛ لأنهما شريكان وقيل: للمرأة، وعليها؛ لأن الأصل: عدم الطلاق المشطر، وهو على الخلاف فى استقرار ملكها على الكل، وعدم استقراره.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: التعبيران.

وفى الكتاب: كل ما هو معين فقبضته أم لا، فحال سوقه، أو نقص بدنه، أو نما، أو توالد، ثم طلق قبل البناء - فله نصف ما وجد عند الطلاق، ولو هلك بيدها، لم يرجع بشىء، أو بيده بنى من غير شىء، وما يغاب عليه إذا هلك ضمنه، إلا أن يعلم ذلك فيكون منها، ومن أهلك شيئا ضمنه لصاحبه، ومن أنفق شيئا حوسب به، وإن جنى على العبد فالجناية بينهما، ولو جنى بيدها، خيرت فى افتدائه، فإن افتدته لا يأخذ الزوج نصفه إلا بدفع نصف الفدية، أو أسلمته فلا شىء للزوج إلا أن يحابى؛ فتبطل محاباتها فى نصف الزوج، ولو جنى بيده فليس له دفعه بل للمرأة؛ فإن ملكها هو الأصل بعد العقد، فإن طلقها قبل تسليمه كان مثلها فى نصفه.

قال ابن يونس: وإذا ادعت تلفه صدقت فيما يصدق فيه المستعير مع يمينها، قاله ابن القاسم.

وقال أصبغ: تضمن العين، وإن قامت بينة بهلاكها بغير تفريط؛ لأنها لا تتعين، وإذا ادعت التلف، فليس له مطالبتها بالشوار من مالها؛ لأن ذلك إنما يلزم فى الصداق بالعادة

وقال عبد الملك: يلزمها ذلك إلا أن تقوم البينة[1].

وفى الكتاب: إذا استحق بعضه، وفى إلزام باقيه ضرر؛ كالرقيق يمنع الشركة من الوطء والسفر فلها رده، وأخذ قيمته، أو تحبس البقية وتأخذ قيمة المستحق إن كان تافها وما لا يضر رجعت بقيمته فقط إلا فى الرقيق فلها الرد، وإن قل، فإن استحق البعض، فكالبيوع فى التفرقة بين الجزء الشائع وبين المعين.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا استحق جملته، فالنكاح ثابت، وأتبعته بمثله إن كان مثليا، أو بقيمته إن كان متقوما، وإن كان لم يدخل تلوم السلطان له، فإن جاء به وإلا فرق بينهما.

قال أصبغ: إن دخل منع حتى يدفع ولو ربع دينار، أو بقى دون الاستحقاق ربع دينار.

وقال محمد: إن كان استعارة، أو سرقة، حيل بينهما، وإن دخل حتى يدفع

(١) فى أ: السنة.

جملة المهر، وإن تقدمت له فيه شبهة ملك أتبعته به، ولا يفرق بينهما؛ لأنه لم يدخل على عدم الصداق، ولو تزوج بعبد ولده الصغير فهو للمرأة، إن كان الأب معدما اتبع به في ذمته، قاله مالك، كشرائه لنفسه، وكعتقه عن نفسه.

فرع: في الجلاب: إذا تزوجها بعبد معين، فكان حرا، فعليه قيمته عند ابن القاسم؛ لأنه من ذوات القيم، وصداق مثلها عند عبد الملك؛ لخلو العقد عن الصداق؛ لأن الحر ليس بمال.

وقال ابن القاسم في العتبية: زادت القيمة عن صداق المثل أو أقل، ولا يفسخ النكاح بعد[1] أم لا.

وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء، ويثبت بعده، وإن لم يعلما جميعا، لم يفسخ.

قال اللخمي: ولو قيل لها الأقل من قيمته أو صداق المثل، لكان وجها؛ لرضاها بالعبد إلا أن يعلم أنها لو تزوجت بدنانير أو دراهم لم ترض إلا بما يكون قيمة العبد.

فرع: قال: فإن تزوجها على من يعتق عليها عتق بالعقد، فإن طلق رجع بقيمته كانت موسرة أو معسرة؛ لأنه دخل على ذلك، ولا يتبع العبد بشيء؛ لأن الشرع أعتقه، ولا يرد عتقه، كمعسر أعتق بعلم غريمه، والزوج كان عالما، وقد استحسن - أيضا - مالك ألا يرجع عليها بشيء؛ لأنها لم تنتفع بمال.

قال: والأول أحسن؛ لأنها أحسنت بصداقها لقرابتها.

قال ابن يونس: إن لم يعلم الزوج أنه يعتق عليها إلا عند الطلاق، أخذ نصفه، وعتق نصفه، إن كانت معسرة، إلا أن يرضى باتباعها فيعتق كله، ولو كان عالما، وهي غير عالمة، عتق عليه، وغرم قيمته، كالمقارض يشتري من يعتق على رب المال عالما.

وقال -أيضا -: يعتق عليها علمت أم لا؛ لوجود سبب عتقه، وهو ملكها، بكرا كانت أو ثيبا، ويرجع عليها قبل البناء بنصف قيمته يوم أصدقها، فإن لم يجد لها غيره وكان علم، فليس له رد العتق؛ لأنه دخل عليها، وأتبعها، وإلا فله أخذ نصفه، وإتباعها.

---

(١) في ط: تعمد.

وقيل فى مسألة الكتاب: إنما يصح ذلك فى الثيب، أما فى البكر فلا يجوز للولى ذلك؛ لأنه ضرر.

قال عبد الملك: وإن[١] تزوجها على أن يعتق لها أباها، فالنكاح مفسوخ؛ لعدم الصداق، أو على أن يعتقه عنها، فالولاء لها، ولا شيء عليها؛ لأنها لم تملكه، وإن كان على أن يعتقه عن نفسه فالولاء له، ويفسخ فى الوجهين قبل البناء، لعدم الصداق المعتبر، ويثبت بعده، ولها صداق المثل.

قال صاحب البيان: إذا تزوجها على عتق أبيها على نفسه ثلاثة أقوال:

جوازه إن قال عن نفسه[٢] أو عنها لمالك.

ولا[٣] يجوز لا عن نفسه ولا عنها، لعبد الملك.

وقال ابن القاسم: عن نفسه لا يجوز النكاح، وعنها يجوز.

فإن لم يكن فى ملكه، فالمعروف لمالك:

عدم الجواز؛ للغرر.

وروى: الجواز، وجواز النكاح إن لم يملكه، ولا لها ولاؤه حيث لا يكون لها الولاء؛ لأنه مال من ماله بعد الشراء، ولو قالت: أعطيك مالا وتعتقه، جاز.

الفصل الخامس: فى التصرفات فيه.

فى الكتاب: لو وهبته بعد القبض وهى جائزة الأمر فطلق قبل البناء، رجع بنصف قيمته يوم الهبة؛ لأنه يوم الإتلاف.

وقال غيره: يوم القبض؛ لأنه يوم الضمان.

قال ابن القاسم: ولو أعتقت العبد، غرمت نصف قيمته يوم العتق موسرة، أو معسرة، وينفذ العتق إذا علم الزوج؛ لأنه رضى، وإلا فلو قام[٤] فله رده إن زاد على ثلثها، ولم يعتق منه شيء، كهبة أكثر من الثلث، فإن طلق قبل البناء، فله نصفه، ويعتق عليها نصفه؛ لأن كل عتق رد للحجر ينفذ عند زواله.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: عليها إذا أعتقته قيمته يوم القبض.

---

(١) فى ط: فإن.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: فلا.
(٤) فى أ: لام.

وقال أشهب: لا يعتق منه شيء إذا طلق قبل البناء؛ لرد الزوج العتق أولا، وقال ابن القاسم: يعتق ثلثه، وإن كره الزوج.

فرع: قال أصبغ: لو اشترت بالعين الجهاز المعروف، فتلف، لم تضمن؛ لإذن العرف فى ذلك.

قال مالك: ولها أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسى.

وفى الكتاب: إذا ما اشترت به ما لا يصلح للجهاز، فطلقها قبل البناء - فله نصف المشترى؛ لأنه إذن فى الشراء عرفا، وإن اشترت بغيره رجع بنصف الصداق دون المشترى إلا أن تكون العادة شراءه للجهاز فله نصفه؛ للعادة فى طلب ذلك من الزوجات، فهى متصرفة بوكالته، وليس للمرأة إمساكه، ودفع نصف الصداق.

قال اللخمى: هل يؤمر بأن تتشور بصداق العين، أو تصنع به ما شاءت، كثمن المبيع؟ قولان لمالك:

أما إن كان دارا، أو عبدا، أو ما يؤكل، أو يوزن، فليس عليها بيعه حتى تتشور به وتأتى الزوج بما يحتاج إليه إلا أن تكون ثمّ عادة؛ فيجرى الخلاف المتقدم، فإن كان يزاد فى الصداق لذلك أجبر الأب عليه.

فرع: قال ابن يونس: لو أنفقت على عبد فى صناعة نفقة عظيمة أو تأديب الجارية، لم يرجع بشىء، بخلاف ما فيه حياة العبد من طعام أو شراب لأنها أنفقت لغرضها.

وقال ابن حبيب: ترجع؛ لأنه تصرف مأذون فيه، ولو باعت لمحاباة[1]، رجع بنصف المحاباة.

الفصل السادس: فى الزيادة من الزوج بعد التقرير.

وفى الكتاب: إذا زادها، ولم تقبضه حتى مات، أو طلق قبل البناء - فلها نصف الزيادة فى الطلاق دون الموت؛ لفوات القبض فى الحياة.

قال ابن يونس: قال الأبهرى: القياس: وجوبها فى الموت؛ لأنها مهر لا هبة، وإلا لما استحق نصفها بالطلاق.

قال اللخمى: ولو زادها، ولم يلحقها بالصداق، فطلق قبل البناء - لم يكن لها شىء؛ لأنها هبة لها حكم الهبات.

---

(١) فى ط: باعته بمحاباة.

وقال ح، وابن حنبل: الزيادة بعد العقد لازمة؛ لأنه زمن يفرض[1] فيه للمفوضة[2].

ومنع ش قياسا على البيع.

وأسقط (ح) الزيادة بالطلاق.

وفى الجلاب: إذا اشترط وليها مع الصداق كسوة أو غيرها، فحكمه حكم الصداق قبل الدخول أوبعده؛ لما فى مسلم: قال عليه السلام: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»[3] فإن أهدى إليها، أو لأهلها هدية أو صنع معروفا فلا رجعة له فيه إن طلق قبل البناء؛ لأنه تبرع.

قال صاحب البيان: إن كانت الهدية لولى المرأة عند الخطبة، وقبل العقد، إن تم العقد فهى للمرأة، وإلا رجع بها الزوج على الولى، أو عند العقد، وشرطت، فكالصداق، ويتشطر بالطلاق.

قال ابن حبيب: ولو ترك ذلك لوليها، ثم طلقت، رجع الزوج بالنصف عليه، ولم يكن كهبة الصداق؛ لأنه كالعقد على هبة عبد لفلان، وما كان بعد العقد بغير شرط فللولى المهدى له؛ لقوله - عليه السلام -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِبَاءٍ أَوْ عِدَةٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَ لَهُ وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ عَلَيْهِ الرَّجُلُ ابْنَتُهُ أَوْ أُخْتُهُ»[4] خرجه أبو داود.

فلو دفع لهم عينا وأشهد أنها عارية، نفعه الإشهاد، إن لم يقل: هو هدية، ويأخذه ولا شىء عليهم فى امتهانه، وإن زاد على امتهان العوارى إذ لم يعلموا، وإن ضاع لزمهم إلا أن تكون بينة على الذهاب كالعوارى، قاله سحنون.

---

(١) فى ط: يعوض.

(٢) فى ط: للمعوضة.

(٣) من حديث عقبة بن عامر: أخرجه البخارى (٥/ ٣٨٠) كتاب الشروط: باب الشروط فى المهر عند عقد النكاح (٢٧٢١) (٩/ ١٢٤) كتاب النكاح: باب الشروط فى النكاح (٥١٥١)، ومسلم (٢/ ١٠٣٥، ١٠٣٦) كتاب النكاح: باب الوفاء بالشروط فى النكاح (٦٣/ ١٤١٨).

(٤) من حديث عبد الله بن عمر أخرجه النسائى (٦/ ١٢٠) كتاب النكاح: باب التزويج على نواة من ذهب، حديث (٣٣٥٣)، وأبو داود (٢/ ٥٩٧ - ٥٩٨) كتاب النكاح: باب فى المقام عند البكر، حديث (٢١٢٩)، وأحمد (٢/ ١٨٢)، وابن ماجه (١/ ٦٢٨) كتاب النكاح: باب الشرط فى النكاح، حديث (١٩٥٥)، وعبد الرزاق (٦/ ٢٥٧) كتاب النكاح: باب ما يشترط على الرجال من الحباء، حديث (١٠٧٣٩)، والبيهقى (٧/ ٢٤٨).

وقال ابن القاسم: لا يضمنونه؛ لأنهم لم يلتزموا ضمانه.

قال: وقول ابن القاسم القياس، فلو صرح بأنه هدية لم ينفع الإشهاد، فإن كان العرف الهدية لا ينفعه الإشهاد في السر؛ لأن الإشهاد لا يبطل الحق على القول بالقضاء بالعرف، ولمالك قولان فيه.

وإذا أهدى للتي ملك عليها هدية فلا رجوع، وإن طلق.

فإن فرق بينهما؛ لعدم النفقة:

قال ابن القاسم: لا رجوع، على أصله: أنه طلاق يوجب نصف الصداق وعلى رأى ابن نافع في كونه فسخا، كالعيوب: يكون لها الرجوع إن كانت قائمة، فإن ظهر فساد النكاح، فرق بينهما قبل البناء.

قال ابن القاسم: ترجع إن كانت قائمة؛ لأن سبب إهدائها بطل، ولو ردها بالعيب قبل البناء رجع، ولا رجوع بعد الدخول [اتفاقا إلا أن يكون بعد الدخول][(١)] والفسخ بحدثان ذلك

وهذا كله في هدية التطوع من غير عرف، وأما المشترطة فكالصداق، وذات العرف كذلك عند ابن حبيب، على القول بالقضاء بالعرف، ويرجع بنصفها في الطلاق.

وأبطلها مالك عن الزوج بالموت والطلاق.

الفصل السابع: في التفويض.

وهو الصداق المسكوت عنه، وهو جائز عندنا، وعند الأئمة؛ لقوله -تعالى -: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فشرع الطلاق حالة عدم الفرض، وهو دليل صحة النكاح.

قال اللخمي: نكاح التفويض ثلاثة:

جائز: وهو التفويض إلى الزوج [أو عقد على غير صداق.

وفاسد: وهو دخولها على دفع الخيار بأي شيء فرض.

مختلف فيه: وهو التفويض إلى الزوجة][(٢)]، أو وليها، أو إلى أجنبي، أو يقول: تزوجتك على حكمي، أو على حكمك، أو حكم وليك، أو حكم فلان - فيمتنع

---

(١) سقط في أ.

(٢) ما بين المعقوفين سقط في أ.

ابتداء، فإن نزل مضى وقيل: يفسخ إلا أن يدخل.

وقال عبد الملك: يجوز على حكمه؛ لأنه أصل التفويض دون حكمها، وإذا قلنا بإمضائه فثلاثة اقوال:

قال ابن القاسم: الفرض يرجع إلى الزوج سواء جعل الحكم له، أو لغيره، ووافقه أشهب إلا أن يكون الأمر بيدها؛ فلا يلزمها صداق المثل.

وقال ابن القاسم: لا بد من الرضا من الجهتين، وإلا فرق بينهما، واتفقت الأقوال إذا كان الأمر إلى أجنبى ألا يلزم الزوج فرضها ولا فرضه.

تفريع: فى الكتاب: نكاح التفويض جائز، وإن بنى بها فلها مهر مثلها فى المال والجمال. وفى الجواهر: المعتبر فيه الدين، والجمال، والحسب، والمال، والأزمنة، والبلدان؛ لأنها[1] اختلاف الرغبات.

وعند (ش)، وابن حنبل: يعتبر نساء عصبتها.

وعند (ح): يعتبر نساء العشيرة العصبة وغيرها، وهو غير معتبر عندنا، بل نعتبر هذه الصفات، وإن خرجت بها عمن ذكروه، وعندهم: لا يخرج عنهن.

قال صاحب البيان: يعتبر مع الصفات الأربع: نساء قومها من جهة أبيها، دون أمها غير مقتصر عليهن.

لنا: قوله - عليه السلام -: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَلِجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»[2]، فذكر - عليه السلام - متعلق الرغبات، وهى مناط صداق المثل؛ كقيم المتلفات.

وفى الكتاب: يعتبر الرجل -أيضا - فى ذلك؛ لأن العادة: التخفيف على الصالح، والتثقيل على الطالح.

وليس له البناء حتى يفرض صداق المثل، إلا أن ترضى بدونه، أو تطلق؛ لأنها كالبائع فى السلعة لا يجب عليه تسليمها حتى يقبض الثمن، وإن طلقها بعد الرضا،

---

(١) فى ط: فيهما.

(٢) من حديث أبى هريرة أخرجه البخارى (٩/ ٣٥) كتاب النكاح: باب الأكفاء فى الدين (٥٠٩٠)، وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٨٦) كتاب الرضاع: باب استحباب نكاح ذات الدين (٥٣ - ١٤٦٦).

وقبل البناء، فنصف ما رضيا به؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ولأن الفرض بعد العقد يلحق بالعقد؛ فوجب أن ينصف بالطلاق كالمقترن بالعقد.

وقال: لا ينصف بالطلاق؛ لأنه لم يجب بالعقد، وإن فرض فى مرضه لا يجوز لأن إخراج المال لا يجب إلا أن يطأها فى مرضه فيكون من رأس المال صداق المثل والزائد عليه يبطل.

قال ابن يونس: إلا أن تكون ذمية فلها الزائد فى ثلثه؛ لأنها غير وارثة.

قال محمد: والأمة كذلك.

وقال عبد الملك: لا شىء لها إذا سمى، ولم يدخل، ثم مات من مرضه؛ لأنه لم يسم إلا للمصاب، ولم تصب.

وروى عن ابن القاسم: إن سمى للحرة المسلمة، فماتت، وصح هو - لزمته التسمية، وكرهه أصبغ؛ لأنه كان باطلا فى أصله، ولو مات الزوج قبل البناء، والفرض، فلها الميراث -لأنها زوجة - والمتعة؛ لعدم الصداق، دون الإصداق؛ لأن الأصل ألا تستحق المرأة شيئا حتى تسلم بضعها، ولم تسلم، ورد النص فى المفروض بقى ما عداه على الأصل، وقاله أبو عمر خلافا لابن مسعود.

قال ابن حبيب: ولا يخلو بها حتى يعطى ربع دينارفإن مسها، ثم طلق، لزمه الصداق

قال ابن القاسم: ولو قال: صداق مثلها، ثم طلق - فلها نصفه؛ لأن ذلك فرض.

قال محمد: وإن عقد على عشرين نقدا، وبقية المهر تفويضا، ففرض، ولم يرض به؛ لأنه أقل من صداق المثل، ففارق -فله أخذ العشرين؛ لعدم استقرارها مهرا.

فرع: فى الكتاب: إذا رضيت الثيب بأقل من صداق مثلها، فلا قول لوليها، ولا يعتبر رضا البكر، ولو وافقها الولى إلا الأب؛ للحجر عليها، إلا أن يكون ذلك نظرا فيعتبر رضاها، ومهما فرض صداق المثل، لزم قبوله قبل البناء وبعده.

وقال غيره: ليس لأب ولا لوصىٍّ التنقيصُ من صداق المثل بعد البناء؛ لتعينه لها.

قال ابن القاسم: : ولا يجوز وضعها عن الزوج بعد الطلاق وقبل البناء، وإنما يجوز ذلك للأب وحده.

وقيل: يجوز وضعها إذ لا ولاية عليها حينئذ.

فرع: فى الجواهر: إذا رضيت السفيهة[١] بدون صداق المثل، وهى غير مولى عليها - ففى جوازه قولان، أو مولى عليها، وهو نظر، صح رضا الولى به قبل الدخول، وإن كان بعده ففى صحة رضا الولى به أقوال، ثالثها: التفرقة، فتصح فى حق ذوات[٢] الأب لشفقته دون غيره، وللمرأة طلب الفرض لتقرير[٣] التشطير.

وفى الواضحة: إذا[٤] طلبت النقد قبل البناء، وأبى الزوج إلا عند البناء، فذلك له إلا أن يريد تعجيل البناء، ويجوز إثبات الأجل فى المفروض، ولو أبرأت قبل الفرض تخرج على الفرض عما لم يجب، وجرى بسبب وجوبه، ولو فرض لها خمرا، ألغى ولم يؤثر فى التشطير.

فرع: فى الكتاب: إذا تزوجها على حكمه، أو حكمها، أو حكم فلان - جاز؛ لأنه تفويض.

قال (ح): لا يجوز؛ لأنه جهالة، وقد كان ابن القاسم يكرهه، ثم رجع.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يلزمها صداق المثل، إذا لم يبن بها، إذا تزوجها على حكمها.

وروى فى الكتاب: يلزمها.

قال أبو محمد: ولو فرضت صداق المثل لا يلزم الزوج إلا أن يرضى، بخلاف الزوجة يفرض لها الزوج صداق المثل كواهب السلعة إذا أعطى قيمتها، ولا يلزم الموهوب القيمة.

وأما تحكيم فلان فيفرض صداق المثل، لازم لهما؛ لأنه كالحاكم.

وقال اللخمى: لو فرض الزوج أقل فرضى الوصى والزوجة، جاز، أو أحدهما، لا يلزم؛ لقصور الوصى على الأب.

---

(١) فى أ: السفيه.
(٢) فى ط: ذات.
(٣) فى ط: لتقدير.
(٤) فى ط: إن.

قال: وأرى اعتبار رضا الوصي؛ لأنه ناظر في المال، ومتى كان الفرض في المرض، كان لها بعد البناء الأقل من المسمى وصداق المثل في رأس المال.

فرع: في الجواهر: الوطء في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء؛ لأنه يوم الاستيفاء لا يوم العقد، وكذلك الوطء بالشبهة، وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن وطئ مرارا، وإذا لم تكن شبهة كوطآت(١) الزاني المكره وجب بكل وطء مهر؛ لأن كل وطأة لو كانت بعد عقد أوجبت مهر المثل أو المسمى، ولما [تنزلت التسمية](٢) منزلة العقد، والعقد لا يتكرر فيه الصداق، فلا يتكرر فيها.

تنبيه: لو اتحدت الشبهة، واختلفت أحوال الموطوءة بالغنى والفقر والصحة والسقم مما يوجب اختلاف صداق المثل في تلك الأحوال، فهل يخير في صداق المثل بين الوطأة الأولى أو الأخيرة أو الوسطى؛ لأن ذلك قد يزيد لها في صداقها، أو تحتم عليها الحالة المقارنة للوطأة الأولى؟ ولم أر فيه مقالا للأصحاب

وظاهر أحوالهم تعيين الحالة الأولى كيف كانت.

وقال الشافعية: تأخذ صداق المثل باعتبار أفضل الحالات، وسقط ما عداها؛ لأن الوطآت كلها منافعها فلها الأخذ بأيها أحبت.

الفصل الثامن: في العفو عنه

قال الله -تعالى -: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي لهن، ثم قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟﴾ أي: يعفو النساء الرشيدات عن النصف، فيسقط وهو متفق عليه، ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾.

قال مالك: هو الأب في ابنته، والسيد في أمته.

وقال الأئمة: هو الزوج؛ لأنه مروى عنه عليه السلام(٣).

ولأن إسقاط الولي مال المولى عليه خلاف الأصل.

والجواب عن الأول: أنه ضعيف.

(١) في ط: كوطأة.

(٢) في ط: نزلت الشبهة.

(٣) أخرجه ابن جرير، وابن أبي حاتم، والطبراني في الأوسط والبيهقي بسند حسن عن عبد الله ابن عمرو مرفوعًا كما في الدر المنثور (١/ ٥٢١).

سلمنا صحته، لكن لا نسلم أنه تفسير للآية، بل إخبار عن حال الزوج قبل الطلاق

وعن الثانى: أن حكم الولاية تصرف الولى بما هو أحسن للمولى عليه، وقد يكون العفو أحسن؛ لاطلاع الولى على ذلك يرغب فيها من فى صلته غبطة عظيمة.

ثم الآية تدل لنا من عشرة أوجه:

أحدها أن الاستثناء من النفى إثبات ومن الإثبات نفى، والمتقدم قبل الإثبات النصف، فعلى رأينا ينتفى؛ فتطرد القاعدة، وعلى رأيهم: يعفو الزوج، فيكمل الصداق؛ فيكون الاستثناء من الإثبات، وهو خلاف القاعدة.

وثانيها: الأصل فى العطف بـ «أو» التشريك فى المعنى فقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ معناه: الإسقاط، وقوله -تعالى -: ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِى﴾ - على رأينا -: للإسقاط؛ فيحصل التشريك، وعلى رأيهم: [لا يكون؛ فيكون قولنا أرجح][(١)].

وثالثها: أن المفهوم من قولنا لا يكون كذا أو كذا، تنويع ذلك الكائن إلى شيئين، والتنويع فرع الاشتراك فى المعنى، ولا مشترك بين الإسقاط، والإعطاء؛ يحسن تنويعه، وعلى رأينا: المتنوع الإسقاط إلى إسقاط المرأة، أو الولى.

ورابعها: أن العفو ظاهر فى الإسقاط، وهو ما ذكرناه، وعلى رأيهم: يكون التزام ما سقط بالطلاق، والتزام ما لم يجب لا يسمى عفوا.

وخامسها: أن إقامة الظاهر مقام المضمر خلاف الأصل، فلو كان المراد الزوج لقيل: إلا أن يعفون، أو تعفون عما استحق لكم؛ فلما عدل إلى الظاهر دل على أن المراد غيرهم.

وسادسها: أن المفهوم من قولنا: بيده كذا، أى: يتصرف فيه، والزوج لا يتصرف فى عقد النكاح بل كان يتصرف فى الحل، والولى الآن هو المتصرف فى العقد؛ فتناوله اللفظ دون الزوج.

وسابعها: سلمنا أن الزوج بيده عقدة النكاح، لكن باعتبار ما كان ومضى، فهو مجاز، والولى بيده الآن فهو حقيقة، فيقدم على المجاز.

وثامنها: أن المراد بقوله: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ الرشيدة اتفاقا؛ إذ المحجور عليها

(١) فى أ: لا يكون بقولنا أرجح.

لا ينفذ الشرع تصرفها، فالذى يحسن مقابلتهن بهن المحجورات على أيدى أوليائهن، أما بالأزواج فلا مناسبة.

وتاسعها: أن الخطاب كان مع الأزواج بقوله: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ﴾ وهو خطاب مشافهة، فلو كانوا مرادين فى قوله - تعالى -: ﴿الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهو خطاب غيبة، للزم تغيير الكلام من الخطاب إلى الغيبة وهو خلاف الأصل.

وعاشرها: أن وجوب الصداق أو بعضه قبل المسيس خلاف الأصل؛ لأن استحقاق تسليم العوض، يقتضى بقاء المعوض قابلا للتسليم، أما مع تعذره فلا استشهاد بشهادة البيع، والإجارة بإسقاط الأولياء للنصف على وفق الأصل، وتكميل الزوج على خلافه وموافقة الأصول أولى.

تفريع: فى الكتاب: قال مالك: ولا يجوز ذلك للأب قبل الطلاق.

قال ابن القاسم: إلا بوجه نظر من عسر الزوج أو غيره، ولا يلحق الوصى بالأب.

وفى الجلاب: لا عفو ولا تصرف لولى الثيب معها، ولولى البكر المطالبة دون الإسقاط إلا بإذنها، وللأب أن يعفو إذا طلقت قبل البناء؛ لأنه مورد النص دون قبل الطلاق، أو بعد الدخول، والفرق: أن استحقاقه بعد الطلاق قبل الدخول على خلاف الأصل، فسلط الأب عليه إذا رآه نظرا بخلاف الدخول، أو قبل الطلاق؛ لتعيين الاستحقاق، فغلب حق الزوجة.

الفصل التاسع: فى التسليم:

وفى الكتاب: للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء، فإن أعسر قبل البناء ضربت له من الأيام أجلا بعد أجل بحسب ما يرجى من حاله، فإن لم يقدر فرق بينهما وإن أنفق عليها، وإن أعسر بعد البناء لم يفرق بينهما واتبعته.

قاعدة: الأعواض فى جملة العقود وسائل، والمعوض فيه مقصد، والمقاصد أعظم رتبة من الوسائل؛ فلذلك [إذا تنازع][1] المتبايعان أيهما سلم قبل صاحبه، فالقول قول البائع؛ لأنه صاحب المقصد، ومثله: المرأة فى النكاح.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: [إذا لم يجد][2] الصداق ولم يبن كلف النفقة

---

(١) فى أ: إذ تبايع.
(٢) فى أ: إذا لحد.

وفسخ له فى الصداق [إلى السنتين، وإن لم يجد النفقة أجل الأشهر إلى السنة.

وإذا فرق بينهما لعدم الصداق][١] أو النفقة:

قال ابن القاسم: لها نصف الصداق.

وقال ابن نافع: إن فرق لعدم الصداق فلا صداق؛ لأنه من قبلها، وكذلك إن جن قبل البناء فلا صداق فى الفراق.

وفى الكتاب: لها المطالبة بجملة الصداق، إن كان مثلها يوطأ وهو بالغ ولا تكفى قدرته على الوطء بخلافها؛ لأن مقصوده لا يحصل إلا بالإنزال.

قال أبو الطاهر: لا يطلق على الزوج بالإعسار بالصداق بعد الدخول وللرشيدة المطالبة بالحال والمؤجل عند حلوله.

ورواية المتقدمين: ذلك لولى السفيهة[٢].

ومنعه المتأخرون؛ لأن العادة تأخيره.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إن اتفقا على البناء قبل تقديم شىء جاز، وكره مالك أن يدخل حتى يقدم[٣] ربع دينار.

[وكره ابن القاسم أن يدخل بالهدية التى أهداها حتى يعطى[٤] ربع دينار][٥]؛ لأنه حق الله - تعالى - فى إباحة الوطء.

قال مالك: لو شرط عليه ألا يدخل لسنة، إن كان غريبا يريد السفر بها وأرادوا بقاءها عندهم تلك المدة - صح الشرط وإلا بطل، ولو منعها أهلها حتى يسمنوها فلهم الوسط من ذلك، ولهم المنع للصغر[٦]، وإن ادعى أنها رتقاء، فإن فارق فلا صداق لها إلا أن تعالج نفسها فلها الصداق، ولا تجبر على العلاج؛ لكونه ضررا عليها.

ولو تجذّمت بعد النكاح حتى لا تجامع، فدعته إلى البناء - قيل له: ادفع الصداق وادخل أو طلق؛ لأن المنع طرأ بعد العقد وليس من قبلها[٧].

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: السفيه.
(٣) فى ط: يعطى.
(٤) فى أ: يقدم.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى أ: للعيقرة.
(٧) فى ط: قبله.

وفى الجواهر: من كانت محبوسة أو ممنوعة لعذر لا يلزم تسليم الصداق إلا أن يكون الصداق معينا كدار أو عبد؛ لأن ضمان المعين منها. ولو سلمت نفسها وجب التسليم، فإن رجعت سقط طلبها إلا أن يطأها فيستقر الصداق بالتقاء الختانين مرة؛ فإن الأحكام نيطت به، ويمهل لما جرت العوائد به، ولا تمهل[١] لحيض لحصول الاستمتاع معه[٢].

فرع: قال صاحب البيان: إذا دخل بها قبل القبض، أمر بإعطاء ربع دينار، ولا يلزم الكف، وكره له محمد التمادى إلى أن يعطى إن كانت أذنت له فى الدخول.

الفصل العاشر: فى الخلوة

فى «الموطأ»[٣]: أن عمر - رضى الله عنه - قضى فى المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق.

وفى الكتاب: إذا أرخى الستر ثم طلق، فقال: لم أمسها، وصدقته - فلها نصف الصداق، وعليها العدة لأنه حق الله - تعالى - فلا يسقط بقولها مع وجود مظنته، ولا رجعة له لإقراره، وكذلك إن تصادقا على الوطء دون الفرج.

وقال ح: الخلوة توجب كمال المهر وطئ أم لا دعته أم لا إلا أن يكون مانع كالمرض والإحرام، وعليها العدة.

وكذلك قال ابن حنبل[٤]، ولو كانت حائضا أو غير ذلك إلا أن يكون أعمى لا يتمكن من الاستمتاع بها لقول عمر، رضى الله عنه.

وقال ش: لا تجب العدة ولا يكمل المهر إلا بالوطء؛ لظاهر القرآن، فإن طال مكثها فى الاستمتاع فلها جميع الصداق؛ لأن العذر من قبله وقد أخلق شوارها وحصل من الاستمتاع ما يقوم مقام الوطء.

وفى الجواهر: اختلف فى طول المدة، فقيل: سنة، وقيل: ما يعد طولا فى العادة.

---

(١) فى ط: يمنع.
(٢) فى أ: منه.
(٣) ومثله عن زيد بن ثابت، وهو قول أصحاب الرأى. ينظر سنن البيهقى (٧/ ٢٥٥)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٢٨)، وعبد الرزاق فى المصنف (٦/ ٧٥٤) والدارقطنى (٣/ ٣٠٦).
(٤) فى أ: قال ابن حبيب.

وفى الكتاب: قيل: لها نصف الصداق؛ لعدم الوطء، وإن ادعت الوطء فى دخول البناء كمل الصداق.

وقال ابن يونس: قيل: يقبل قول جملة النساء حتى الصغيرة [إذا بلغت الوطء لا كلام فى ذلك للأب ولا للوصى؛ لأنه لا يعرف إلا من النساء فيقبل][١] قولهن؛ كالحيض والسقط.

وقال سحنون: لا يقبل قول البكر والأمة فى عدم الوطء بل يكمل الصداق؛ لعدم قبول قول المحجور عليه فى المال.

قال محمد: وعليها اليمين فى دعوى الوطء فى دخول الاهتداء، فإن نكلت حلف الزوج وعليه نصف الصداق والخلوة، كالشاهد.

قال مالك: إن تعلقت به وهى تدمى فالصداق بغير يمين؛ لأنها فضحت نفسها، وذلك عظيم

وقال -أيضا -: عليها اليمين، والتعلق والخلوة كالشاهد.

وفى الكتاب: إذا خلا بها فى بيت أهلها من غير دخول بناء، صدق فى عدم الوطء وشطر[٢] الصداق.

فإن أقر بالوطء كمل الصداق واعتدت ولا رجعة له؛ فإن الأقارير تقبل على المقرين لا لهم ولا على غيرهم.

ولو كان معها نسوة شاهدنه قبل وانصرف، فلا عدة ولا يكمل الصداق، وإن أقر بالوطء بعد الطلاق من غير خلوة وكذبته، فلا عدة؛ لعدم تحقق سببها، ولها جملة الصداق بإقراره، وإن خلا بها مع نسوة ثم طلقها فادعى الوطء وأنكرته، فلا عدة.

قال ابن يونس: قال مالك: القول قول المرأة خلا بها فى بيته أو بيتها؛ لقول عمر- رضى الله عنه - وقيل: القول قول الثيب والبكر ينظر إليها النساء، فإن رأين افتضاضها صدقت، وإلا فلا.

قال محمد: الأصل: قبول قولها فى الصداق دون العدة والرجعة.

وفى الجواهر: فى خلوة الزيارة ثلاثة أقوال: أوله: قول[٣] الزائر منهما، وهو

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: يشطر.
(٣) فى ط: قوله.

المشهور؛ لأن الزائر يمنعه الحياء.

فرع: قال ابن يونس فى كتاب النفقات: قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إذا فقد غائبا عن امرأته، وهى بكر:

قال ابن القاسم: لها الصداق كاملا؛ لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه.

وهذا لا اختلاف فيه، وإنما الخلاف فى امرأة المفقود إذا طلقت بعد الكشف عنه واعتدت عدة الوفاة له وتأخذ[1] كمال الصداق، فإن قدم لا يأخذ منه شيئا عند مالك وابن القاسم.

وقيل ترد نصفه؛ لعدم الدخول وعدم الموت.

فرع: قال صاحب البيان: إذا دخل بها غصبا، إن كانت صغيرة صدق ويشطر الصداق إلى أن تبلغ فتحلف ويكمل، فإن نكلت لم يحلف الزوج ثانية، وإن نكل كمل، ولا تحلف إذا بلغت، وقيل: لا تحلف إذا كانت صغيرة.

وروى عن ابن المعدل: ولا تحلف وإن كانت كبيرة بل يجب الصداق بمجرد الخلوة.

فرع: قال: إذا افتضها بيده وأمسكها فلا أدب ولا أرش؛ لأنه أفسد على نفسه ما له إفسادُهُ ويكمل الصداق، ولو فارقها فعليه الأرش؛ لأنه أفسد عليها.

وقال ابن القاسم - أيضا -: ذلك كالوطء يكمل به الصداق وفى غير امرأته يؤدب.

فرع: قال: إن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها فطلقت باليمين - فلها نصف الصداق: فإن دخل:

قال مالك: يكمل لها الصداق.

وقال ابن نافع: صداق الدخول، ونصف صداق اليمين؛ لأنه دخل بها بائنة معتقدا أنها زوجته؛ كما وقع فى المدونة فى الأختين يتزوجهما أخوان فيدخل كل واحد منهما بغير امرأته فيفرقون، وعلى كل واحد صداقان صداق امرأته، وصداق التى دخل بها؛ لأنه يعتقد أنها امرأته.

فرع: فى الكتاب: فإن دخل بها محرمة أو حائضا أو صائمة فى رمضان واختلفا

---

(١) فى ط: وتأخر.

فى الوطء، صدقت؛ لأن الخلوة شاهد؛ لحث الطمع على مخالفة الشرع بخلاف مدعى الحرام فى غير هذا.

الفصل الحادى عشر: فى التقرير:

وفى الجواهر: لا يتقرر شىء بالعقد على المشهور بل يتقرر النصف بالطلاق والدخول والموت يقرر الكل.

وقيل: نصفه بالعقد، والدخول والموت مكمل.

وقيل: جميعه بالعقد، والطلاق مسقط النصف، وقاله ش، وابن حنبل.

قواعد: الأصل فى الأعواض: وجوبها بالعقود، فإنها أسبابها، والأصل ترتب المسببات على الأسباب، فمن لاحظ ذلك أوجب الجميع بالعقد، كثمن البيع، ومن لاحظ أن العوض فى النكاح إنما هو شرط فى الإباحة، لا مقابل للعضو، وشأن الشرط ألا يعتبر إلا عند تحقق المشروط، والمشروط هو المقتضى له على التحقق، فلا يتقرر شىء إلا عند دخول أو موت؛ لأن الصداق إنما التزم إلى قصد الزوجين

ويدل على أنه مطلوب للإباحة، لا لمقابلة منافع العضو - عدم تقرير المنافع وليس المطلوب الوطأة الأولى فقط؛ لأنها ليست غرض العقلاء فى بذل الصداق، وإنما الشرع أوجب بها الصداق؛ لتحقق أصل الإباحة.

ومن لاحظ قاعدة أخرى، وهى: أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على سببيته له، وقد قال - تعالى -: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة : ٢٣٧] فرتب النصف على الطلاق فيكون سببه أوجب النصف بالطلاق.

الفصل الثانى عشر: فى التشطير

فى الجواهر: سببه اختيار الزوج الطلاق قبل المسيس فى تسمية أو فرض صحيحين.

فرع: فى البيان: قال ابن القاسم: إذا أصدق جارية فلا يتزوجها قبل البناء بالزوجة؛ لأنه شريك فيها، وعلى القول: إنها إذا ماتت قبل البناء رجع بالقيمة عليها واختصت بمصيبتها، له تزويجها، وإن بنى بها جاز التزويج؛ لحصول الملك. وكرهه ابن كنانة؛ مراعاة لقول من يرى أن له شبهة فى مال امرأته، وأنه لا يحد إذا زنى بأمتها.

الفصل الثالث عشر: فيما يوجب سقوطه

وفى الجلاب: إذا أعتقت فاختارت نفسها قبل البناء سقط؛ لأن النصف إنما وجب بغير مسيس جبرا لكسر الطلاق، وهى المختارة فلا كسر فلا جبر، وكذلك إذا خير امرأته فاختارت نفسها، وكذلك إذا ملكها فطلقت قبل البناء، وكذلك إذا ارتدت.

ويتخرج فيها رواية بأن لها النصف، نظرا لأن الردة ليست اختيارا بل إيثارا للدين وتقع الفرقة تبعا. ولاحظ الأول أنهما مغلوبان على الفراق، كالرضاع ولو لاعنها قبل الدخول سقط؛ لأن [الفرقة بلعانهما، ولو خالعها على شىء من مالها وسكت عن الصداق قبل البناء سقط؛ لأن][1] العدول عنه يدل على الرضا باندراجه فى عوض الخلع، وإذا ضمن سيده الصداق ثم دفعه لها فى الصداق، انفسخ النكاح، وسقط الصداق؛ لأنها مختارة للمعاوضة، وكذلك لو ردها بالعيب؛ لأن الرد من سببها.

وفى الجواهر: فيه خلاف.

الفصل الرابع عشر: فى التنازع فيه

وفى الكتاب: إذا تنازع الزوجان فى مقداره بعد الطلاق وقبل البناء، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة، فإن نكل حلفت وأخذت مدعاها، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسميته والزوج تفويضا[2]، ولو اختلفا قبل البناء من غير موت ولا طلاق فالقول قولها؛ لأن بضعها بيدها فلا يجب عليها تسليمه إلا بما ترضى، فإن وافقها الزوج وإلا تحالفا وتفاسخا؛ كالبيع، ولا صداق؛ لعدم التقرر، وأما بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنها مكنته، وتدعى شغل ذمته، والأصل براءتها.

وإن تنازعا فى التسليم أو ورثتها فلا قول للمدخول بها ولا لورثتها وإلا فالقول قولها وقول ورثتها.

وقال ح: إذا تنازعا فى المقدار، فرض صداق المثل؛ لأنه الأصل حتى يثبت غيره، وإن تنازعا فى قبض المؤجل وقد بنى بها بعد الأجل صدق، وإن بنى بها قبل الأجل صدقت؛ لأن الظاهر قبضه بعد الأجل، والأصل: عدم قبضه قبل الأجل.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: تفريقًا.

وقال ش، وح: القول قول المرأة فى عدم القبض بعد البناء مطلقا؛ عملا بالأصل.

قال أبو الطاهر: لو وقع بعد الطلاق، فالقول قول الزوج على كل حال؛ لأنه يدعى عليها غرامة تنكرها.

قال ابن يونس: قال محمد: تحلف الثيب فى الاختلاف قبل البناء، ويحلف أبو البكر كان الاختلاف فى المقدار وفى النوع ويتحالفان وينفسخ النكاح ويبقيان زوجين بعد البناء والتحالف، وإن اختلفا فى المقدار ردت المرأة إلى صداق المثل إلا أن يرضيها بما ذكر.

وإنما حلف الأب فى البكر؛ لأنها لا تتصرف فى الصداق.

قال أبو عمران: إن تحالفا قبل البناء ثم أراد أحدهما الرضا بما قاله الآخر، صح، ويجرى ههنا الاختلاف الذى فى البيع وإتيان أحدهما بما يشبه.

وقيل: لا يراعى ذلك احتياطا للفروج.

قال سحنون: إذا قالت: تزوجتك على أبى. وقال: على أمك وهو يملكهما تحالفا وتفاسخا قبل الدخول، وتعتق الأم لإقراره، وكذلك إن نكلا، وبعد الدخول يحلف وتعتق الأم، فإن نكل حلفت وعتق الأب.

قال: وهو خلاف ما تقدم: أنها يكون لها صداق المثل.

قال بعض أصحابنا: إن اختلفا بعد الدخول فى قبض المال وهو مكتوب فى كتاب، فالقول قولها لأن الأصل أخذ الوثيقة عند الدفع.

قال اللخمى: اختلف فى أربعة مواضع، هل يبدأ بالمرأة أوبالزوج؟

وهل تحالفهما فسخ كاللعان أو حتى يتفاسخا؟

وهل نكولهما كأيمانهما، أو يعتبر القول قول من نكل منهما أولا؟

وهل يعتبر إتيان أحدهما بما يشبه أم لا؟

فقال سحنون: التحالف فسخ

وقال ابن حبيب: الزوج بالخيار فى التزام ما ادعت وتركه، وعلى هذا يكون للزوجة أن ترضى بما حلف عليه، وإذا اختلفا فى جنسه تحالفا وتفاسخا؛ لأنه ليس أحد الجنسين أولى من الآخر.

وقال ابن القصار: بل القول قول الزوج بعد البناء؛ لأنها أسلمت بضعها والأصل براءة الذمة مما تدعيه.

فرع: قال: فإن أخذت بالصداق رهنا وسلمته، فالقول قول الزوج؛ لتسليمه.

وقال يحيى: القول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل عدم القبض.

قال: فإن أخذت حميلا وأقرت بالقبض، واختلف الزوج والحميل: أيهما دفع؟ واتفقا على قبض المرأة - فالقول قول الزوج مع يمينه.

فإن نكل حلف الحميل ورجع عليه ولا يمين على المرأة، وإن دفع كل واحد منهما نصيبه لصاحبه سئلت المرأة أيهما الدافع؟

فإن قالت: الزوج، حلفت للحميل، ولا مقال بين الزوج والحميل.

فإن نكلت، حلف الحميل ورجع عليها.

وإن قالت: الحميل، فالقول قول الزوج فى الدفع؛ لأنه يقول: لم أقبض ما اشتريت حتى دفعت شيئا.

فإن نكل عن اليمين للزوجة حلفت على عدم القبض منه، وغرم الزوج للحميل

فإن نكل برئ الزوج وغرمت للحميل.

وإن حلف لها ونكل الحميل حلف الحميل: إنك تعلم دفعى قبل دفعك، ويرجع عليه، فإن نكل فلا شىء له على الزوج، وإن قالت قبل البناء: لم أقبض منهما شيئا وادعيا دفع واحد منهما، حلفت يمينا واحدة، وأخذت من الزوج إلا أن يكون معسرًا فمن الحميل.

وإن ادعيا دفعهما مفترقين، حلفت لهما يمينين، فإن حلفت للحميل ونكلت للزوج، حلف وبرئ، ولا شىء للحميل على الزوج إذا لم يدع عليه العلم، وإن حلفت للزوج ونكلت للحميل، حلف ورجع على الزوج؛ لأن يمينها للزوج يوجب لها الصداق عليه، ويمين الحميل عند نكولها يوجب أن يكون الحميل هو الدافع، وإن حلفت لهما وادعى الحميل علم الزوج بدفعه عنه بوجه جائز، حلف الزوج، فإن نكل حلف الحميل ورجع عليه.

وفى الجواهر: إن اختلفا فى القبض واستقرت عادة صير إليها والقول قولها إلا أن تكون مدخولا بها؛ فالقول قوله، واختلف فى معناه.

قال أبو إسحاق: ذلك ببلد عادتهم التعجيل قبل البناء فأما فى غيره فالقول قول المرأة؛ لأن الأصل عدم القبض.

وقال عبد الوهاب: إنما هو حيث لم يكتب وثيقة.

وقال أبو الوليد: إنما ذلك لأن معظم البلاد عادتهم التعجيل بحمل الجميع على الغالب.

فرع: قال ابن يونس: قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إذا ادعى أن الولى شرط لها شروطا وعطايا وأنكر الولى ونكل عن الحلف، حلف الزوج ورجعت إلى صداق المثل، وإن كان حلفه على ما يستحقه غيره، لحقه فى ذلك ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها.

قال ابن يونس: وأرى: إن حلف الزوج أن يستحق الشروط لامرأته؛ لأنه كالوكيل لها والوكيل يحلف فى معاملته، وأما قوله: يرجع بالزائد، يشكل بما إذا كان أكثر من التسمية فإنه لا يزاد عليه لدعواه.

فرع[1]: فى الجواهر: إذا ادعت ألفين بعقدين وشهدت البقية بهما، لزما وقدر تخلل الطلاق بينهما، ثمر هل يقدر بعد المسيس ويكون على الزوج بيان أنه قبله، أو قبله وعلى المرأة بيان أنه بعده يستقر لها الكل؟ خلاف مبنى على استقرار الصداق بالعقد، أم لا؟

النظر الثانى: فى الصداق الفاسد.

ولفساده سبعة أسباب.

السبب الأول: الشغار:

فى التنبيهات: أصله فى اللغة: الرفع، من قولهم: أشغر الكلب برجله، إذا رفعها ليبول، ثم استعملوه فيما يشبه فقالوا: أشغر الرجل المرأة: إذا فعل ذلك بها للجماع، وأشغرت هى: إذا فعلته، ثم استعملوه فى الجماع بغير مهر إذا كان بوطء فى قولهم: أنكحنى وليتك وأنكحك وليتى بغير مهر، وفسر ذلك فى الحديث بذلك.

وقيل: سمى بذلك؛ لخلوه من الصداق، من قولهم: بلد شاغر: إذا خلت.

قال: وهو حرام إجماعا.

وفى الموطأ: نهى - عليه السلام - عن الشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق[2].

---

(١) هذا الفرع ساقط من أ.

(٢) من حديث عبد الله بن عمر أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٣٥) كتاب النكاح: باب جامع

قال أبو الطاهر: قيل: التفسير منه عليه السلام، وعليه الأكثرون.

وقيل: من نافع راويه وله ثلاث صور: أن يعرى عن الصداق، ففساده فى عقده، وإن سمى لكل واحدة منهما، ففساده فى صداقه فيجرى الخلاف فى إمضائه بالعقد.

وإن سمى لإحداهما فقط، ويتصور فى المجبورة على النكاح، والجمهور على تصويره فى غيرها.

ولمالك: أن الشغار كله يمضى بمجرد العقد.

وفى التنبيهات: اختلف أصحابنا فى علة تحريمه، هل هى جعل[1] بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى فيكون للزوج شرك[2] فى امرأته؟ ولذلك فسخ على المشهور قبل البناء وبعده لكون الفساد فى العقد، أو عدم الصداق؟ وعلى هذا يفسخ قبل فقط: وقيل: يمضى العقد؛ لوقوع الموارثة والحرمة فيه إجماعا، وقاله ح، ويستحق مهر المثل.

وقال (ش): فاسد ويفسخ.

قال ابن حنبل[3]: الشغار فاسد، ويصح منه وجه الشغار وهو الصورتان الأخريان، واتفق الجميع على المنع ابتداء، والخلاف بعد، إما لأن النهى يقتضى الفساد أو لا يقتضيه، أو لأن الفساد فى الصداق لا فى العقد.

تفريع: فى الكتاب: إذا قال: زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى ولا مهر بينهما، يفسخ ولو ولدت الأولاد، وللمدخول بها صداق المثل لا غير، ولا شىء لغير المدخول بها، وإن قال: زوجنى ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتى بمائة، هو وجه الشغار، ويفسخ قبل البناء فقط، ولهما الأكثر من التسمية أو صداق المثل لجمعهم فى الصداق جائزا أو حراما، وإن سمى لأحدهما فقط ثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول ويفسخ الأخرى، ولها صداق المثل.

قال ابن يونس: [قال ابن القاسم][4] فى صريح الشغار: أحب إلى فسخه بطلاق.

= ما لا يجوز من النكاح (٢٤)، والبخارى (٩/ ٦٦) كتاب النكاح: باب الشغار (٥١١٢)، وطرفه فى (٦٩٦٠)، ومسلم (٣/ ١٠٣٤) كتاب النكاح: باب تحريم نكاح الشغار (٥٧ - ١٤١٥).

(١) فى ط: جعلت على.

(٢) فى ط: شريك.

(٣) فى أ: قال ابن حبيب.

(٤) سقط فى أ.

وقال فى غير الكتاب: إذا سمى لهما كما تقدم، فلهما صداق المثل إلا أن يزيد على المسمى. قال صاحب المنتقى: قال أبو حازم، إذا وضع من صداق موليته ليضع الأخرى عنه فى وجه الشغار: إنه جائز.

السبب الثانى: كونه لا يجوز بيعه لعينه كالخمر، أو لغرره كالآبق، ودار فلان على أن يشتريها لها.

ففى الكتاب: يفسخ قبل البناء ويثبت، وبعده بصداق المثل وترد ما قبضت من الغرر، وإن هلك بيدها ضمنته، وإلا فلا، فإن تغير فى يديه أو سوقه فهو فوت تضمنه بالقيمة يوم القبض المثلى بالمثلى وكذلك كل ما فساده فى صداقه؛ لأن المقصود من النكاح المواصلة دون التنمية للمال، فتأثيره فيه ضعيف؛ بدليل نكاح التفويض، ولو وقع مثله فى البيع لم يجز.

قال ابن يونس: روى عنه: يفسخ بعد البناء؛ لأن الصداق أحد أركان العقد.

وقال (ش) و (ح): لا يفسخ مطلقا.

ومن الأصحاب من حمل الفسخ قبل البناء على الندب.

قال ابن القاسم: ويجوز بالعبد البعيد الغيبة كمسيرة الشهر على الصفة، والضمان من الزوج ولا يدخل حتى تقبضه، وإن قدم ربع دينار؛ لأن النقد فى البعيد لا يجوز، ويدخل فى القريب قبل القبض، وإذا هلك القريب فلها قيمته على تلك الصفات؛ لأنه من المتقومات وقيل: مثله فى الصفة، كالسلم، وإن مات فى يدها فعلمت فيه عيبا كان عند الزوج، غرمت قيمة العبد معيبا يوم القبض، وترجع بمثله فى صفته وفيه اختلاف.

قال عبد الملك: إن تزوج امرأة بثمرة لم يبد صلاحها فأجيحت كلها، فهى من الزوج ولها قيمة الثمرة.

وقال ابن القاسم: المصيبة من المرأة بخلاف البيوع؛ لأن النكاح مكارمة.

فرع: قال صاحب المنتقى: إذا تزوجها [بمال مغصوب له فيه شبهة][1]، كالابن الصغير فى ولايته، لم يختلف أصحابنا أن الأب إن كان ميسورا كان للزوجة؛ كما لو

---

(١) بدل ما بين المعقوفين فى أ: المغصوب بماله فيه شبهة.
وفى ط: بمغصوب ماله فيه شبهة.

اشتراه لنفسه وبيع بالقيمة أو مثلها فى المثليات أو معسرا فروى عن مالك هو للمرأة.

ومنع مطرف؛ كالاستهلاك[١].

وإذا قلنا: هو للابن.

قال عبد الملك: بعد الدخول.

قال مطرف: بل للمرأة بالدخول لأن المعاوضة قد تمت باستيفاء البضع.

قال ابن حبيب: وهذا ما لم يمنعه الإمام من التزويج بمال ابنه، وإلا فحينئذ الابن أحق [بها اتفاقا][٢].

وإن كان كبيرا لا ولاية عليه انتزع من المرأة، فإن فقد فلا شىء له عليها إلا أن يكون طعاما أكلته أو ثوبا لبسته.

قال ابن القاسم: علمت بهم أم لا؛ كالابتياع من الغاصب، فإن لم يكن فيه شبهة كالسرقة، ثبت النكاح عند سحنون. وإن جهلت فسخ قبل البناء فقط، وخرج أبو الطاهر الصحة مع العلم من الخلاف فيمن[٣] اشترى من غاصب وهو يعلم.

وفى الجواهر: إن تزوج بمغصوب:

قال ابن القاسم: لا ينفسخ النكاح، وإن تعمد ذلك وعليه مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميًا.

ويغرم المثل.

وقيل: صداق المثل.

وهذه الأقوال فيما إذا أصدقها معيبا فاختارت رده.

وقال عبد الملك: يفسخ فى المغصوب قبل البناء.

فرع: فى الجواهر: قال: إذا تزوج على مائة وخمسين لم يكن عليه سوى خمسين؛ لأنها المحققة.

فرع: فى الكتاب: إن كان الصداق مؤجلا لموت أو فراق، فسخ قبل البناء؛ للجهالة بالأجل، وثبت بعده، ولها صداق المثل نقدا؛ كقيم المتلفات ولمالك: لها قيمة المؤجل.

---

(١) فى أ: كالاستهلال.

(٢) فى أ: بنى أم لا اتفاقًا.

(٣) فى ط: فيما.

قال ابن القاسم: ولا يعجبنى؛ لأن القيمة فرع الثبوت.

قال صاحب النكت: قال غير واحد من القرويين: إذا تزوجها بمائة نقدا أو مائة إلى أجل أو مائة إلى موت أو فراق، ودخل، وروعى صداق المثل - يقال: كم صداق هذه المرأة على أن فيه مائة مؤجلة؟ فإن كان أقل من مائتين، لم ينقص منهما ويعطى مائة معجلة ومائة إلى أجل، وإن زادت أعطيت الزائد معجلا، واختلف فى الزائد على الثلاثمائة هل يسقط أو يكون لها؟

فرع: فى الجواهر: لا يجوز على حميل تعينه غائب؛ لأنه إن لم يرض فلا نكاح، وإن قال: إن لم يرض أتيت برهن أو بغيره جاز.

فرع: قال صاحب البيان: إذا جعل عتقها صداقها، منعه مالك؛ لأنه نكاح بغير صداق ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

والأظهر: فساده فى عقده؛ لأن اللفظ يقتضى وقوعهما معا، والنكاح والملك لا يجتمعان.

وقيل إن[1] شرط عليها ما لا يلزمها إلا[2] بعد العتق، فإن رضيت بعد العتق جاز، وإلا فلا نكاح ولا يحتاج إلى فسخ.

وقال ش: يجوز جعل عتقها صداقها وهى بالخيار، فإن امتنعت فعليها قيمة نفسها.

وألزمها ابن حنبل النكاح إذا اتفقا على ذلك، بخلاف إذا قال: أعتق على أن تتزوجى بى ويكون العتق صداقا[3]، فلا يلزم؛ لأنه سلف فى النكاح، والنكاح لا سلف عليه.

ووافقنا ح فى المنع، وفى الصحيحين أنه عليه السلام «جَعَلَ عِتْقَ صَفِيَّةَ صَدَاقَهَا».[4]

وجوابه: أنه خاص به عليه السلام؛ كالموهوبة.

ويؤيده: أن العقد إن وقع قبل العتق ناقضه الملك أو بعده امتنع الإجبار. ولأن

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: صداقها.
(٤) أخرجه البخارى (٩/ ١٤٠) (٥١٦٩)، وأخرجه مسلم (٨٤/ ١٣٦٥).

العتق إن تقرر لها حالة الرق تناقض أو حالة الحرية، والصداق يتقدم تقرره[١] قبل العقد فيقع العقد حالة امتناع الإجبار مجبرا، وهو محال؛ فيتعين اختصاصه به عليه السلام.[٢]

وفى التلقين: إن أعتق أمته على أن تتزوجه بعد العتق، لم يلزمها ذلك. وإن شرط أن عتقها صداقها، لم يصح ولزمه الصداق.

فرع: قال صاحب البيان: إذا أعطاها مالا فاستحق، فهل تمنعه من التمادى على وطئها حتى يوفيها حقها؟ أربعة أقوال: لها[٣] ذلك غرها أم لا.

الفرق بين أن يغرها أم لا.

يكره التمادى، قاله محمد.

يمتنع حتى يعطى ربع دينار إن استحق جميعه وإلا فلا.

فإن تزوجها على بستان عشرة أفدنة فظهر خمسة:

قال ابن القاسم: لها قيمة الخمسة إن رضيت إمساكه، ولو ردته فقيمة جميعه على أنه عشرة، كالاستحقاق.

قال: والقياس: أن لها الرد وصداق المثل، أو التماسك ونصف صداق المثل؛ قياسا على البيع.

فرع: قال: إن تزوجها بمال حرام:

قال مالك: أخاف أن يكون زنى؛ لأن الله -تعالى- يقول: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] وهذا ليس ماله ولكنى لا أقول ذلك.

فرع: قال اللخمى: إذا تزوجها على خل فوجد خمرا، فهو كظهور العيب، ترده وترجع بمثله؛ كالاستحقاق.

وقال سحنون: إذا تزوجها بعبد فظهر حرا، فالنكاح فاسد؛ لخلو العقد من[٤] الصداق.

---

(١) فى ط: تقديره.

(٢) زاد فى ط: وقاله الرواة ما لم ير صداق، ويكون نكاح تفويض أو بغير صداق. وهو جائز له ﷺ.

(٣) فى ط: له.

(٤) فى أ: عن.

فإن تزوجها على أنه خمر فوجد خلا، صح النكاح إن رضيا بالبقاء عليه، وإن كره أحدهما لم يتم النكاح.

قال صاحب النكت: إذا قلنا بالمثل إذا وجدت خمرا فتلفت القُلّة، غرم القيمة، وكذلك إذا تزوجها على طعام معين على الكيل فاستحق، أو شيء مما يكال أو يوزن بخلاف البيع؛ لأن الاستحقاق المعين لا يفسخ النكاح.

قال صاحب التنبيهات: رجوعها بمثل الخمر خلا إما بأن تغسل الجرة ثم تملأ، أو تعرف ما تحمل من الماء ثم يكال مثله.

وقال ابن سحنون: فيه القيمة؛ كالجزاف.

وقال ابن عبد الحكم: لها صداق المثل؛ لأنه معدوم شرعا فهو كالنكاح بغير شيء.

السبب الثالث: كونه منافع الزوج كخدمتها مدة معلومة أو تعليمها القرآن أو غيره.

وفي الجواهر: منعه مالك؛ لقوله -تعالى-: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] وقاله ح وأجازه أصبغ، وش، وابن حنبل؛ لقوله - عليه السلام - في مسلم: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»(١) أي تعليمك إياها.

وجوابه: إن كان إجارة فهي باطلة؛ لعدم تحديد المدة، أو جعالة وهي في مثل هذا مع عدم تحديد المدة لا تصح، ولأن الجعالة غير لازمة والنكاح لازم، بل يجب أن يعتقد أنه لما تعذر الصداق بالعجز جعل -عليه السلام- حفظه القرآن فضيلة توجب تزويجه، وأخر الصداق في ذمته تفويضا؛ كما تزوج أبو طلحة أم سليم على الإسلام، والإسلام لا يكون صداقا بل تفويضا.

تفريع: في الجواهر: كرهه ابن القاسم، فإن وقع مضى في قول أكثر الأصحاب وروى عن ابن القاسم: إن لم يكن مع المنافع صداق فسخ قبل البناء، وثبت بعده، ولها صداق المثل، وتبطل الخدمة المقدمة، فإن خدم رجع بقيمتها، وكذلك إن وقع على إحجاجها.

وقال ابن حبيب وغيره: يجوز على أن ترجع إلى إحجاج مثلها، ولها الوسط من ذلك؛ كما لو تزوجها على شورة ومنعته من الدخول حتى يحججها(٢) أو يعطيها

---

(١) تقدم.

(٢) في ط: يحجها.

نفقة مثلها فى الحج فيكون ذلك صداقها إن شاءت حجت أم لا.

وقال اللخمى: الأحسن: الجواز فى ذلك كله، وإنما كره مالك ذلك؛ لأنه يستحب[(١)] أن يكون الصداق معجلا، والمنافع تقتضى التأجيل، وكل من تزوج بشىء فهو حال فإذا دخل[(٢)] زمن الحج تعين.

ومنع ابن القاسم البناء حتى يقدم ربع دينار.

وقال أشهب: لا يلزم؛ كمن تزوج بمائة إلى سنة.

وإن أتى زمن الحج قبل البناء فلها منع نفسها حتى يحجها كالمؤجل يحل قبل البناء.

السبب الرابع: تفريق الصفقة

فيصدقها عبدًا يساوى ألفين على أن ترد ألفا فنصفه مبيع ونصفه صداق، منعه فى الكتاب وقال: يفسخ قبل البناء، ولها بعده صداق المثل؛ لأن ما يخص البيع أوالنكاح مجهول فيؤدى إلى النكاح بالمجهول وإلى عرو النكاح عن الصداق.

قال أبو الطاهر: فى النكاح والبيع أربعة أقوال

ثالثها: الكراهة ورابعها: إن بقى بعد ثمن السلعة ربع دينار جاز

وقال ابن الكاتب: إن اعتبر قبل البناء جاز اتفاقا، وجوزه ابن حنبل؛ لأن كل واحد يجوز العقد عليه مفردا فيجوز مجتمعا؛ كالسلعتين.

قاعدة: العقود أسباب؛ لاشتمالها على تحصيل حكمها فى مسبباتها بطريق المناسبة، والشىء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين؛ فلذلك لا يجتمع النكاح والبيع؛ لتضادهما فى المكايسة والمسامحة، ولا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك: «جص مشنق» الجيم: للجعالة، والصاد: للصرف، والميم: للمساقاة، والشين: للشركة، والنون: للنكاح، والقاف: للقراض[(٣)]؛ لتضاد أحكامها.

وفى الجواهر: لو كانت السلعة لغيرك، فسخ أيضا؛ لأنه من باب جمع السلعتين

---

(١) فى أ: لا يستحب.

(٢) فى ط: حل.

(٣) فى أ: للفرائض.

لرجلين[١]، وكذلك لو تزوجها بمال معلوم على إن أعطاه[٢] الأب دارا، فأما لو تزوجها على غير مسمى على إن أعطاها[٣] الأب دارا صح؛ لأن الدار ههنا هبة محضة.

السبب الخامس: الشرط

فى الكتاب إذا تزوجها بألف، وإن كانت له امرأة فألفان، لم يجز؛ للغرر، أو وضعت بعضه فى العقد على ألا يخرجها من بلدها، وإن أخرجها فمهرها ألفان، فله إخراجها وليس لها إلا ما تقرر؛ كالقائل: إن أخرجتك من الدار فلك ألف، فإن حطت عنه بعد العقد لذلك فلها الرجوع لتعينه لها بالعقد.

وروى عن مالك: إن حطت فى العقد من صداق مثلها لها الرجوع، وإلا فلا.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا قررت قبل الملك ستين ووضعت عنه عند العقد عشرين لأجل الشرط، فلها الرجوع، وإنما الذى يرجع به أن يقول: أتزوجك بمائة ثم أضع خمسين، فإن طلقها فى القسم الأول قبل البناء، فليس لها إلا نصف ما بقى بعد الشرط؛ لأنه لم يخالفه.

وفى الكتاب: إن أعطته مالا لشرط وإن خالفه فهى طالق، فخالفه - لم ترجع بشىء؛ لأنها آثرت طلاقها به.

قال اللخمى: إن تزوجها بمائة وإن أخرجها من بلده فمائتان فأخرجها، فلها المائتان؛ لقوله -عليه السلام -: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»[٤].

وقال مالك مرة: لها الأقل من صداق المثل والمائتين.

قال: وهو أقيس.

قال مالك: إذا اشترطت السكنى عند أبيها بمال، واشترطت ما لا يباع وترجع به، وإن اشترطت: إن لم يأت بالصداق فى وقت كذا فلا نكاح بينهما - فهل يبطل العقد أو الشرط؟ فيه خلاف.

وإذا شرط فى الصداق أنه لموت أو فراق وفات بالبناء:

(١) فى ط: لرجل.
(٢) فى أ: إعطاء.
(٣) فى أ: أعطى.
(٤) تقدم

قال مرة: لها صداق المثل.

وقال مرة: تتمة المسمى نقدا.

فإن تزوجت بمائة نقدا ومائة إلى موت أو فراق:

فقال: صداق المثل مطلقا.

وقال مرة: ما لم ينقص عن المائة.

وقيل: ما لم ينقص عن المائة ويزيد على المائتين.

وقيل: يقوم بأجله. ويختلف إذا كانت العادة لموت أو فراق، ولم يشترطوه، هل يجوز وتأخذه متى أحبت؛ لأن الأصل الحلول، والتأخير مكارمة، أو فساد للعادة؟

وفى الكتاب: يكره النكاح بصداق بعضه مؤجل إلى سنة، وإن وقع جاز، وللزوج إذا أتى بالمؤجل الدخول، وتتأخر بقيته إلى الأجل، ويجوز فى البعيد ما لم يتأخر.

وفى الجواهر: كره مالك وأصحابه تأجيل بعض الصداق، وجوزه ابن القاسم لأربع سنين، وابن وهب لسنة.

وقال ابن وهب: لا يفسخ إلا أن يزيد على عشرين سنة.

وقال ابن القاسم: لا يفسخ إلا الأربعون، وروى: الستون.

والمدرك: أن الصداق قبالة الإباحة فلا ينبغى أن يتأخر عنها، بخلاف الثمن فى البيع.

ومنهم من رأى الأجل القريب فى حكم النقد، واختلفوا فيما يحل[1] قريبا، فإن أخر بعضه إلى غير حد، فسخه مالك قبل البناء؛ لفرط الغرر، ويعطى صداق المثل بعد البناء معجلا إلا أن يكون صداق مثلها أقل من المعجل فلا ينقص منه، أو أكثر من المعجل والمؤجل فيعطاه إلا أن يرضى الزوج بتعجيل المؤجل أو المرأة بإسقاطه؛ فلا يفسخ.

وإن شرط فى بعض الصداق إلى يسره وهو ملىء[2]، أو مطالبتها به، أجازه ابن القاسم؛ لحصول الملاء وهو حال.

---

(١) فى أ: يعد.

(٢) فى ط: مولى.

وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء ولها صداق المثل؛ لاشتراط أجل غير معلوم.

فرع: قال: لو شرط الخيار لها في الصداق في أحد العبدين صح، أو له فسخ قبل البناء ولها بعده صداق المثل؛ لأنه لم يثبت أمر الصداق، بخلاف إذا كان لها، ولو قال: تزوجتها بألف على أن لأمها ألفا، صح وهما للمرأة؛ لأنها الباذلة للعوض.

السبب السادس: أن يتضمن إثباته رفعه؛ كما إذا زوج عبده وجعل رقبته صداقا، ففي الجواهر: يفسد.

السبب السابع: مخالفة الأمر فيما سمى

ففي الجواهر لو قال: زوجني بألف فزوجه بألفين، وعلى قول الزوج والتزويج بينة ولم يدخل - فإما أن يرضى بألفين، وإلا فلا نكاح؛ لأنها لم ترض إلا بهما، ولو التزم الوكيل الزائد لصحة العقد، ففي إجبار الزوج قولان؛ نظرا للمنة أو مراعاة للعقد، ولو رضيت بألف لزم الزوج، ولو دخل فثلاثة أقوال: لزوم الألف للزوج والزائد للرسول؛ لأنه متعد، ويسقط الزائد عن الرسول؛ لأن الأصل ألا يغرم إلا مستوفي المنفعة أو صداق المثل؛ لأن المرأة لم تدخل على الألف، والزائد على الرسول؛ لتغريره بالقول. وإن لم يكن على قول الزوج والعقد بينة ورضي بالألفين، لزم النكاح، وإلا إن رضيت الزوجة بالألف لزم، وإلا فلها أن تحلف الزوج، فإن نكل حلفت واستحقت الألفين، وصح النكاح، وإن دخل وتراضيا صح، وإلا فلا فإن أقر الوكيل بالتعدي، لزم الإتمام وإلا فيحلف(١) على أنه لم يأمر إلا بألف ويبرأ، فإن نكل غرمهما.

قال: وهذه يمين لا ترجع؛ لأنها يمين تهمة إلا أن تدعي المرأة تحقيقا فترجع. وبلا حظ.

قاعدة أخرى: وهي أن من سلط على ماله خطأ، هل تسقط الغرامة للتسليط أم لا؟ لأن المرأة سلطت على بضعها خطأ.

فرع: قال إذا نكل فهل له تحليف الرسول، فإن حلف برئ، وإلا غرم؟ فيه خلاف، سببه: هل يمين الزوج لتصحيح قوله فقط، أو لذلك وإبطال قول الرسول؟

---

(١) في ط: فتحلف.

فعلى الأول: يعد مقرا إذا نكل ولا يحلفه.

وعلى الثانى: له تحليفه.

وأصل آخر: هل النكول كالإقرار فلا يحلفه وإلا فيحلفه؟

وإن دخل فليس على الزوج إلا ألف، ثم إن أقر الرسول فهل يغرم أم لا؟ خلاف، وإن أنكر، وقلنا يغرم، فللزوجة(١) تحليفه، وإن نكل حلفت واستحقت المرأة.

وإن قلنا لا يغرم فلا شيء للزوجة، وإن كان على التوكيل(٢) بينة دون العقد ولم يدخل، حلفت: إن العقد بألفين، فإن رضى الزوج وإلا فلها الفسخ، وإن نكلت صح بالألف إلا أن يكون الزوج مقرا على ما وقع به العقد فيحلف.

وإن كانت البينة على العقد دون التوكيل، يحلف: إن التوكيل لم يكن إلا بما قاله؛ لأن الأصل عدم الزائد، فإن حلف قبل الدخول ورضيت المرأة صح، وإلا فلا ولها الفسخ، وإن نكل فهى يمين لا ترجع إلا أن تدعى المرأة التحقيق، وهل له تحليف الوكيل إذا نكل الزوج على ما تقدم، واختار محمد: عدم التحليف، فإن دخل حلف ومضى النكاح بالألف وإن نكل والمرأة تدعى تحقيق الدعوى عليه، حلفت، وإلا فاليمين لا ترجع، ويختلف فى تحليفه للوكيل على ما تقدم.

هذا إذا لم يعلما بالتعدى، أما إن علم الزوج دونها، فعليه الألفان؛ لدخوله عليهما أو هى دونه فمالها إلا ألف أو هما جميعا وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه فعليه الألفان، أو لا يعلم أحدهما بعلم الآخر، فلها الألفان.

قال المتأخرون: وفيه نظر؛ لأن علمه معارض بعلمها فينبغى أن يكون لها ألف ويقتسمان الأخرى.

وإن علم بعلمها ولم تعلم بعلمه، فلها الألف فقط، أو علمت بعلمه ولم يعلم بعلمها فعليه الألفان؛ لأنهما على ذلك دخلا، وأصله: أن كل واحد منهما يلزمه ما دخل عليه.

القطب الرابع: العقد نفسه، وفيه تسعة فصول:

---

(١) فى ط: فللزوج.

(٢) فى أ: الوكيل.

الفصل الأول: فى صيغته

وفى الجواهر: هى لفظ يقتضى الملك على التأبيد، كالنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة، ونحوها.

قال القاضى أبو الحسن: ولفظ الصدقة، وقال الأصحاب: إن قصد بلفظ الإباحة النكاح صح، ويضمن المهر، ويكفى قول الزوج: قبلت بعد الإيجاب من الولى، ولا يشترط قبلت نكاحها، ولو قال للأب فى البكر أو بعد الإذن فى الثيب: زوجنى فقال: فعلت، أو زوجتك، فقال: لا أرضى - لزمه النكاح لاجتماع جزأى العقد؛ فإن السؤال رضا فى العادة.

وقال صاحب المقدمات: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج دون غيرهما من ألفاظ العقود، وفى الهبة قولان: المنع كمذهب ش.

والجواز كمذهب ح؛ لأن الطلاق يقع بالصريح والكناية فكذلك النكاح ويرد عليه: أن الهبة لا تنعقد بلفظ النكاح؛ فكذلك العكس وأن النكاح مفتقر إلى الصريح ليقع الإشهاد عليه.

قال صاحب الاستذكار: أجمعوا على أنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة فتقاس عليه الهبة قال صاحب القبس: جوزه ح بكل لفظ يقتضى التمليك على التأبيد ومالك بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصدهما.

قال صاحب المنتقى: قال عبد الوهاب: ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك المؤبد؛ كالهبة، والبيع.

وزاد أبو الحسن: لفظ الصدقة، وسواء ذكر الصداق فى الهبة والصدقة أم لا.

وقال المغيرة: لا ينعقد إلا بلفظ التزويج أو النكاح، وقاله ش؛ لأنهما المذكوران فى القرآن: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] و: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧] ووافقه ابن حنبل.

وأجابوا عما احتججنا به: بما ورد فى الحديث «مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»(١) رواه البخارى مع أن الحديث ورد بألفاظ مختلفة، والقصة واحدة فيستحيل

---

(١) تقدم.

اجتماعها، بل الواقع أحدها والرواى روى بالمعنى فلا حجة فيه، ولم يستثن (ح)[1] غير الإجارة، و الوصية، والإحلال.

وجوزه بالعجمية وإن قدر على العربية، والجواب بقوله: فعلت.

قاعدة:

كل حكم شرعى لا بد له من سبب شرعى، وإباحة المرأة حكم فله[2] سبب يجب تلقيه من السمع، فما لم يسمع من الشرع لا يكون سببا.

وعلى هذه القاعدة اعتمد ش، والمغيرة، وهو ظاهر كلام صاحب المقدمات وفى النقل على المذهب.

قاعدة: الشرع كما ينصب خصوص الشىء سببا: كرؤية الهلال، والزوال، والقتل العمد والعدوان - فكذلك ينصب مشتركا بين أشياء ويلغى خصوصيتها: كألفاظ الطلاق؛ فإن المقصود منها: ما دل على انطلاقها من عصمة النكاح، وألفاظ القذف المقصود منها: ما دل على النسبة إلى الزنى أو اللواط وألفاظ الدخول فى الإسلام المقصود منها: ما دل على مقصود الرسالة النبوية، والنكاح عندنا على ما حكاه من تقدم ذكره من هذه القاعدة، ويدل عليه: أنه ورد بألفاظ مختلفة فى الكتاب والسنة، والأصل: عدم اعتبار الخصوص؛ فتعين العموم وهو المطلوب.

قاعدة: يحتاط الشرع فى الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى التحريم؛ لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له؛ ولذلك حرمت المرأة بمجرد عقد الأب، ولا تحل المبتوتة إلا بالعقد، والوطء الحلال، والطلاق، وانقضاء العدة من العقد الأول، فلهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات وإن بعدت حتى أوقعناه بالتسبيح والتهليل إذا أريد به الطلاق؛ لأنه خروج من الحل فيكفى فيه أدنى سبب، ولم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح؛ لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجملة الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك فى العوضين؛ لأن الأصل فى السلع الإباحة حتى تملك، بخلاف النساء؛ لعموم الحاجة للبيع، ولقصوره فى الاحتياط على[3] الفروج.

---

(١) بياض فى أ.

(٢) فى أ: فلا.

(٣) فى ط: عن.

فإذا أحطت بهذه القواعد ظهر لك مراد[1] الشرع فى هذه الأحكام وسبب اختلاف العلماء ونشأت لك الفروق والحكم والله - تعالى - يهدنا سواء السبيل.

الفصل الثانى: فى الإشهاد عليه:

قال صاحب المقدمات: لا يجب فى العقد، ويجب فى الدخول، فإن دخل ولم يشهد أو فى نكاح سر، فرق بينهما وإن طال الزمان بطلقة؛ لإقرارهما بالنكاح، وحد إن وطئ، إلا أن يكون الدخول فاشيا أو يكون على العقد شاهد واحد، فيدرأ الحد للشبهة، فإن أشهد شاهدين وأمر بالكتمان، فسخ قبل الدخول وبعده على المشهور إلا أن يطول.

وقيل: لا يفسخ مطلقا. ووافقه صاحب المنتقى على الفسخ إذا لم يشهد على الدخول.

وقال: ذلك ذريعة للفساد، ومنع من التعزير على الخلوة.

وقال ابن القاسم: إن لم يشهد إلا شاهدا واحدا فسخ وتزوجها بعد الاستبراء بثلاث حيض.

قال أبو الطاهر: الإشهاد - عندنا - شرط فى صحة الدخول دون العقد، ولم أجد أحدا من الأصحاب خالف فى هذا.

قال ابن الحاجب: الفسخ بطلقة بائنة إذا لم يشهد على الدخول.

واشترط الأئمة: الشهادة فى العقد؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيّ وصَدَاقٍ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ»[2] وجوابه من وجوه:

أحدها: أن النفى دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما، فهو مطلق

---

(١) فى ط: موارد.

(٢) من حديث أبى موسى أخرجه أبو داود (١/ ٦٣٥) كتاب النكاح: باب فى الولى، حديث (٢٠٨٥)، والترمذى (٣/ ٤٠٧) كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولى، حديث (١١٠١)، والدارمى (٢/ ١٣٧) كتاب النكاح: باب النهى عن النكاح بغير ولى. وأحمد (٤/ ٣٩٤/ ٤١٣)، والطيالسى (١/ ٣٠٥ - منحة) رقم ١٥٥٤، وابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولى: حديث (١٨٨١)، وابن الجارود فى المنتقى، رقم (٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤)، وأبو يعلى (١٣/ ١٩٥ - ١٩٦) رقم (٧٢٢٧)، وابن حبان (١٢٤٣ - موارد)، والدارقطنى (٣/ ٢١٨ - ٢١٩) كتاب النكاح. والحاكم (٢/ ١٧٠)، والبيهقى (٧/ ١٠٧)، وابن حزم فى المحلى (٩/ ٤٥٢)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٢/ ٢١٤) (٦/ ٤١) (١٣/ ٨٦).

فيهما، ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا ببينة، أما الحل فثابت بدون البينة.

وثانيها: أنه دائر بين العقد والدخول ونحن نحمله على الدخول؛ لأن اللفظ به حقيقة، وفيما ذكروه مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز.

وثالثها: أن الصداق مذكور مع عدم شرطيته في العقد بدليل التفويض، فكذلك الشهادة؛ قياسا عليه بطريق الأولى؛ لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة والبينة خارجة عن حقيقة العقد.

ورابعها: يحمل النفي على الكمال، وهو متفق عليه، ويؤيده: ذكر الصداق، وهو معتبر في الكمال.

تفريع: في الكتاب: من عقد بغير بينة غير مسر، أشهد الآن، وجاز، ولا يتزوج الرقيق إلا بالبينة والصداق، وإن أشهد الأب وأجنبي على إذن الثيب في العقد وأنكرت، لم يجز؛ لأن الأب شهد على فعل نفسه، وإن وجد رجل وامرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها بعقدها، لم يجز نكاحه، ويعاقبا. وإن نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين، لم يجز، فإن لم يدخل أشهد الآن مسلمين، ولزم النكاح.

تنبيه: ظاهر المذهب يقتضي أن تحمل الشهادة في النكاح يشترط فيه شروط الأداء من الإسلام وغيره، وقاله ش واكتفى بمن ظاهره العدالة، ووافقنا ابن حنبل، غير أنه جوز أن يكونا عبدين؛ لأن شهادة العبيد عنده تقبل، وسوى ح بين تحمل شهادة النكاح وغيره فجوز شهادة الفاسقين؛ لأنهما قد يكونان عدلين عند الأداء.

لنا: أن المطلوب في الحال: دفع مفسدة التهمة بالزنى والتقرير[1] على الخلوة وإثبات نسب الولد، وذلك إنما يحصل بأهلية الأداء فيشترط.

الفصل الثالث: في إظهاره:

قال - عليه السلام -: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالغِرْبَالِ»[2] ويروى: «بالدفوف» رواه الترمذي[3].

---

(١) في ط: والتغرير.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه (١٨٩٥)، والبيهقي (٧/ ٢٩٠) وفي إسناده خالد ابن إلياس ضعيف قاله البيهقي.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨) كتاب النكاح: باب ما جاء في إعلان النكاح (١٠٨٩)، قال =

قال ابن يونس: قال محمد: الغربال: الدف.

وقال غيره: هو المغشى من جهة واحدة.

وقال مالك: لا يستحسن المزهر المربع، ولا بأس بالدف، والكَبَر، ولا يجوز الغناء فى العرس ولا غيره، إلا كما كان يقول نساء الأنصار، أو الرجز من غير إكثار.

قال اللخمى: الإعلان مندوب إليه، وأوجبه ابن حنبل، ونكاح السر حرام، واختلف فيه: فقيل: ما أمر الشهود بكتمانه، وإن كثروا.

وقيل: ما عقد بغير شهادة ولو بامرأة.

على الأول قال ابن الجلاب: يعلن بعد ذلك ولا يفسخ.

وقال ابن حبيب: يفسخ بطلقة إلا أن يتطاول، وهو قول مالك وأصحابه، وإذا لم يؤمر الشاهدان بالكتمان فهو جائز اتفاقا.

وقال الأئمة: لا يفسخ نكاح السر.

لنا: نهيه ﷺ عن نكاح السر، والنهى يدل على الفساد.

تفريع: فى الكتاب: من استكتم البينة فى العقد فسد.

قال ابن شهاب: وفرق بينهما، ولو دخلا، ولها المهر بالبناء، وإلا فلا شىء لها، ويعاقب الزوجان والبينة.

قال ابن يونس: إذا قيل لهم: اكتموه عن امرأتى الأخرى، أو: فى مترل العقد فقط، أو: ثلاثة أيام ثم أظهروه - فهو نكاح السر.

قال أشهب: إن فعل ذلك بعد العقد ولم يكن قرأه عند العقد، جاز.

= أبو عيسى: هذا حديث غريب حسن فى هذا الباب. والبيهقى (٧/ ٢٩٠)، حلية العلماء (٣/ ٢٦٥) وفى إسناده عيسى بن ميمون: ضعيف، كما قال البيهقى فى السنن، والحافظ فى التقريب. وروى ابن أبى حاتم فى الجرح والتعديل (٣/ ١/ ٢٨٧)، وابن حبان (٢/ ١١٦) عن عبد الرحمن بن مهدى، قال استعديت على عيسى بن ميمون فى هذه الأحاديث عن القاسم بن محمد فى النكاح وغيره، فقال: لا أعود. وعن ابن معين، قال: عيسى بن ميمون- صاحب القاسم - عن عائشة: ليس بشىء. وعن أبى حاتم قال: هو متروك الحديث. قال الشيخ الألبانى فى سلسلة الأحاديث الضعيفة: تابعه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن القاسم بن محمد به، دون قوله «واجعلوه فى المساجد». أخرجه ابن ماجه (١٨٩٥)، والبيهقى، وأبو نعيم فى الحلية (٣/ ٢٦٥) من طريق خالد بن إلياس عن ربيعة. وقال أبو نعيم: تفرد به خالد بن إلياس. وقال البيهقى: وقال فى الزوائد: هو ضعيف، اتفقوا على ضعفه بل نسبه ابن حبان، والحاكم وأبو سعيد النقاش إلى الوضع.

وقال أصبغ: لا يفسد إذا أضمر[١] ذلك؛ كما لو تزوج ونيته الفراق.

الفصل الرابع: فى لزومه

والخيار عندنا لا يشرع فيه ابتداء بخلاف البيع؛ لأن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حالة العقد، والنكاح إنما يقع بعد الفحص.

والأصل فى العقود: اللزوم، ولأنه يفضى إلى بذلة المخدرات وذوات الأعيان بين القبول والرد؛ ولذلك أوجب الشرع لهن نصف الصداق قبل الدخول جبرا لكسر الرد، وأبطل الأئمة شرط الخيار.

وزاد (ش) إبطال النكاح.

وفى الكتاب: إذا تزوج على الخيار له، أو للولى وللزوجة، أو لجميعهم - فسخ قبل البناء؛ لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، ويثبت بعد البناء بالمسمى، وكذلك إن[٢] تزوج على إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلا نكاح بينهما، وقد كان يقول فيهما: يفسخ بعد البناء.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا قال: إن لم آت بالصداق إلى أجل كذا فأمرك بيدك، لا يفسخ؛ لأنه شرط لازم.

فرع: فى الكتاب: إذا قال: إذا مضى شهر تزوجتك، ورضوا بذلك - فهو باطل لا يقام عليه.

فرع: قال صاحب (البيان): إذا تزوج على مشاورة فلان فى المجلس قبل الافتراق، أجازه ابن القاسم، فإن مات أحدهما بعد الرضا فى المشاورة البعيدة قبل الدخول أو بعده على القول بالفسخ بعده، جرى التوارث على الخلاف الذى فى (المدونة) فى الميراث والطلاق، وفيما يفسخ من الأنكحة المختلف فيها.

قال ابن القاسم: وإذا قال المستشار: لا أرضى، ورضى الزوج - ثبت النكاح. وحكى التونسى: لزوم قول المستشار؛ لأنه الشرط.

فرع: قال صاحب (المنتقى): لمالك فى النكاح الموقوف قولان، وأجازه (ح)، ومنعه (ش)، وصفته: أن يزوجها ويوقفه على إجازتها، ويعلم الزوج بذلك.

---

(١) فى أ: ضمن.

(٢) فى ط: إذا.

وقال القاضى أبو الحسن: يصح أن يوقف على إذن الولى بعد رِضا الزوج دونها؛ لأن الخيار فيه ليس عاما.

وقال القاضى أبو الحسن: يصح مع القرب استحسانا، قال: والموقوف طرفاه على المرأة قولان، وأحد طرفيه على الآخر إما الزوج أو الولى، وفى كراهة ما قرب منه قولان، وهو الصحيح اتفاقا، وفى بطلان ما بَعُد قولان.

الفصل الخامس: فى هزله

قال صاحب «البيان»: المشهور أن هزل النكاح كجده وقاله الأئمة؛ لما فى الترمذى: قال - عليه السلام -: «ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ والرَّجْعَةُ»[١].

وفى الموطأ موقوفا على سعيد بن المسيب، وعوض الرجعة: العتاق، وروى عن مالك: أن هزله هزل؛ لقوله - عليه السلام -: «الأَعْمَالُ بِالنِّيةِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى»[٢].

فرع: قال صاحب البيان: إذا خطب المرأة، فقال الولى: زوجتُ فلانا، وقال بعد ذلك: أردت الدفع - قال ابن القاسم: إن حلف فلان ثبت نكاحه إن قامت بينة على إقراره، وأما بقول الأب الخاطب، فالقول قول الزوج مع يمينه.

وقال أصبغ: النكاح لفلان طلب بنكاح سابق أو بهذا القول؛ لأن النكاح لا لعب فيه. وقال محمد: لا يلزم بهذا ولا بدعوى متقدمة. قال: وهو أشبه الأقوال.

قاعدة:

لله - تعالى - أحكام فى الظاهر على يد الحاكم، لا تثبت فى الباطن على ألسنة المفتين، كالأقضية المستندة إلى الأقارير والبينات الكاذبة، وكل حكم فى الباطن فهو حكم الله - تعالى - فى الظاهر إذا ثبت، وقد يثبت فى القضاء ما لا يثبت فى الفتوى؛ فمعنى قول العلماء: هزل هذه الثلاثة جد، ليس معناه ما دلت القرائن فيه

---

(١) من حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩) كتاب الطلاق: باب فى الطلاق (٢١٩٤)، والترمذى (٣/ ٤٩٠) كتاب الطلاق: باب ما جاء فى الحد (١١٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨) كتاب الطلاق: باب من طلق أو نكح (٢٠٣٩)، والدارقطنى (٤/ ١٨ - ١٩) كتاب الطلاق، والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٩٧ - ١٩٨) كتاب الطلاق: باب ثلاث جدهن جد. والدار المنثور (١/ ٢٨٦)، وابن كثير (١/ ٤١٥)، وذكره صاحب كشف الخفا (١/ ٣٨٩) وانظر الدراية (٢/ ٩٠).

(٢) تقدم.

على اللعب، بل المستعمِل اللفظَ له ثلاث حالات: تارة يستعمله فيما وضع له، فهذا يلزم فى القضاء والفتوى، وتارة يستعمله فى غير ما وضع له مجازا، فهذا لا يلزم فى الفتوى ويلزم فى القضاء، إلا أن يدل دليل على إرادته المجاز، وتارة يطلق اللفظ ولا يستعمله فى شىء، فهذا هو الهزل لا يلزم فى الفتوى على المشهور، وإن دل دليل على ذلك فى القضاء لا يلزم، وإلا لزم[١] بناء على الظاهر، فتأمل هذا المكان فتحقيقه عزيز، وإنما جعل الشرع الهزل فى هذا الباب كالجد؛ احتياطا له لشرفه، وعظيم ما يترتب عليه.

الفصل السادس: فى توقيته، وهو نكاح المتعة

وهى باطلة - عندنا وعند الأئمة؛ لما فى الموطأ: «نهى - عليه السلام - عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية»[٢].

قال صاحب البيان: إذا تزوج المرأة ونيته فراقها بعد لذة، لا بأس به عند مالك والأئمة. وكذلك إذا نوى طلاقها عند سفره من بلد الغربة، فلو علمت المرأة بذلك فهو متعة محرمة. وأما النهارية - وهى التى تتزوج على ألا يأتيها إلا نهارا - قال ابن دينار: يفسخ قبل البناء وبعده؛ لأن فساده فى العقد. والذى يأتى على المدونة: الفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويأتيها ليلا ونهارًا، وقاله أصبغ، وهل[٣] يجب بعد البناء المسمى أو صداق المثل، وهو الأظهر؛ لتأثير الشرط فى الصداق؟

الفصل السابع: فيما يقترن به من الشروط:

وفى الجواهر: الشرط ثلاثة أقسام:

القسم الأول: يقتضيه العقد كالإنفاق والوطء؛ فلا يؤثر ذكره.

القسم الثانى: ما يناقض العقد كعدم القسمة ونحوه؛ فيمتنع ويفسخ النكاح قبل البناء، وفى فسخه بعده خلاف.

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد كشرط عدم إخراجها من بلدها، وهو

(١) سقط فى أ.

(٢) من حديث على بن أبى طالب أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٤٢) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة (٤١)، والبخارى (٧/ ٥٤٩) كتاب المغازى: باب غزوة خيبر (٤٢١٦)، وأطرافه فى (٥١١٥ - ٥٥٢٣ - ٦٩٦١)، ومسلم (٢/ ١٠٢٧) كتاب النكاح: باب نكاح المتعة (٢٩ - ١٤٠٧).

(٣) فى أ: وقيل.

مكروه؛ لما فيه من أسباب الخصومات.

قال مالك: ولا يلزم من الشروط إلا ما فيه تمليك أو عتق، فإذا شرط ولم يعلقه بيمين ولا تمليك، ولا وضعت عنه من صداقها لأجله، فله مخالفته.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الشرط اللازم يعود بعد الطلاق إذا بقى من الملك الأول شيء.

وقال (ش): إنما تقدح الشروط إذا كانت منافية لمقصود العقد إن ذكرت معه، وإن ذكرت قبله وسكت عنها معه فلا، وإذا سقطت الشروط لها مهر مثلها.

وقال (ح): تبطل الشروط كلها، ويصح النكاح، ويكمل لها المهر، وإن لم يف؛ لقوله - عليه السلام -: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ الله فَهُوَ بَاطِلٌ»[1].

وقال ابن حنبل: يلزم الوفاء بكل شرط فيه فائدة.

فرع: قال صاحب «البيان»: إذا جعل أمر كل امرأة يتزوجها بيدها، فتزوج وأقامت مدة لا تقضى بشيء فثلاثة أقوال:

إن مضى شهر ونحوه سقط ما كان بيدها، إلا أن تشهد أن ذلك بيدها لتنظر فيه. قاله ابن القاسم.

وذلك بيدها ما لم [تدخل أو بطل][2] قبل البناء، قاله مالك وذلك.

بيدها مالم تدخل.

فرع: قال: إن اشترطت فى العقد أن يطلق امرأته، فطلق واحدة، فقالت: أردت ثلاثا - قال مالك: طُلِّقتْ ثلاثا؛ لأن لفظ اليمين على نية المستحلف، وكذلك لو كان تمليكا بخلاف إذا تطوع بذلك من غير شرط، وقيل: ذلك سواء.

فرع: قال: إذا زوج أمته على أن أول ولد تلده حر، فسخ قبل البناء وبعده أبدا؛ لمناقضته العقد.

وقال عبد الملك: إذا لم يعثر عليه حتى ولدت، لا يفسخ لذهاب الشرط، وأما إذا شرط: كل ولد حر، فسخ أبدا اتفاقا، فإن باعها السيد أو أصدقها قبل أن تحمل بطل الشرط، ورق الولد، وفسخ النكاح.

---

(١) من حديث عائشة البخارى (٤/ ٤٤٠) فى كتاب البيوع: باب إذا اشترط شروطًا فى البيع لا تحل (٢١٦٩)، ومسلم (٢/ ١١٤١) فى العتق: باب إنما الولاء لمن أعتق (٥/ ١٥٠٤).

(٢) فى ط: يدخل أو يطل.

ولا يجوز بيعها إذا حملت إلا أن يرهقه دين فتباع فيه، قاله فى «المدونة».

وقال أصبغ: لا تباع فيه؛ حفظا للعتق.

وإن مات السيد قبل وضعها:

قال ابن القاسم: للورثة قسمته ويبطل العتق. ومنع أصبغ إلا أن يطول الأمر ويخاف على الميراث التلف إذا حمل ثلث الأمة؛ لأن العتق منعة، وإلا بيعت وقسمت.

فرع: قال: إذا قال عند العقد: رضيت بالشروط ولا ألتزمها إلا بعد البناء، فبنى بخلافها؛ فأنكرت عليه امرأته، فقال: إنى قلت: لا ألتزمها إلا بعد البناء، فقالت: ما بين لى هذا - لا يلزمها النكاح وإن التزم الشروط الآن، إلا أن يكون فى المجلس قبل الافتراق. وإن رضيت بسقوط الشروط لا ينفع بعد الطول على المشهور فى اشتراط رضا المرأة فى القرب.

قال: والأظهر ههنا البطلان مطلقا؛ لعلم الزوج والولى [بأن المرأة لها الخيار إذا اطلعت](١).

فرع: قال: إذا اشترطت: إن تسرى عليها فهى حرة وله أم الولد، إن لم تعلم بها عتقت عليه؛ لأن المقصود ألا يشاركها غيرها. وإن شرطت: أن السرية(٢) صدقة عليها، قال ابن القاسم: الشرط باطل؛ لأن الصدقة لا يقضى بها ولو كانت لمعين، ويفسخ قبل البناء؛ لتأثير الشرط فى الصداق.

وابن دينار يلزمه الشرط.

فرع: إذا زوج أمته بشرط: إن رأى ما يكره فأمرها بيده: إن أراد ما هو ضرر صح العقد والشرط والتمليك، أو ما يكرهه هو باختياره، وإن لم يكن ضررا عند الناس فأربعة أقوال:

يكره عند ابن القاسم، فإن وقع جاز ولزم التمليك؛ لقوله - عليه السلام -: «إِنَّ أَوْلَى الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»(٣).

---

(١) فى أ: فإن المرأة لها الخيار إذا طلقت.
(٢) فى أ: سريته.
(٣) تقدم.

والكراهة لأصبغ.

وقال عبد الملك: يصح العقد ويبطل الشرط؛ لمعارضته للعقد.

والرابع: إن دخل بها سقط الشرط والأخير المشروط، فإن تركه وإلا فرق بينهما.

وكذلك الخلاف إذا قالت المرأة: إن رأيت ما أكره.

إلا الجواز ابتداء دون كراهة.

فرع: قال: إذا اشترطت عليه النفقة على ابنها الصغير:

قال ابن القاسم: يبطل الشرط، وتعطى صداق المثل لما وضعته لأجل الشرط، ويفسخ قبل البناء؛ للجهل بالنفقة، فلعله لا يعيش. قال: وعلى قوله لو ضرب أجلا صح، وله الرجوع بنفقته على المرأة إلى حين الفسخ أو تصحيحه بصداق المثل.

وقال أصبغ: لا يصح إذا طرحت الشرط. والمشهور خلافه.

فرع: قال: وإذا قال: إن أخرجتك من بلدك فأمرك بيدك، ثم أراد ذلك، فقالت: رددت عليك أمرك وأسقطت الشرط - قال مالك: لا شيء عليه ولا يقضى بعد ذلك بشيء؛ لأنه حق لها أسقطته.

فرع: قال: إذا قال له: طلق الأمة، ولك على مائةٌ صداق حرة إن أردت الزواج، ففعل ثم طالت المدة، فعتقت وردها وقد مات القائل - قال مالك: إن تقادم الأمر فلا حق له فى ماله، وإلا وجب؛ لأنه ليس هبة تبطل بالموت بل بحق الطلاق، وتحاصص به الغرماء فى الموت والفلس.

وروى عن ابن القاسم هى هبة تبطل بالموت.

وكذلك اختلفوا إذا أعطاه دارا له على أن يسلم، هل ذلك لإسلامه أم لا؟ قال: والأظهر أن له الحق تقادم أم لا؛ وفاء بالشرط. أما لو قال: إن فعلت لى كذا زوجتك، منع اتفاقا؛ لأنه جعل لا يلزم.

فرع: قال: إذا تزوجها وبنى بها ومعها ابنة صغيرة عالما بها ليس له إخراجها وإن كان لها ولى يحضنها؛ لأن علمه رضا بها، وإن لم يكن لها ولى يحضنها، سواء علم أم لا، ويخير بين الإقامة والطلاق، قاله مالك.

وقال عبد الملك: إن علم بها ولها ولى فله إخراجها؛ لأن السكوت رضا بالحالة الحاضرة دون المستقبلة.

قال مالك: ولا يمنع أخو المرأة من زيارتها إلا أن يتبين إفساده لها فيمنع بعض المنع؛ لأن صلة الرحم واجبة.

فرع: قال: إذا تزوج أمة على أنه إن تزوج عليها فأمرها بيد مواليها، فهلك مولاها - فَبِيَدِ ورثته أو وصية دونها؛ لأن الحق لم يكن لها. ولو جعله بيد غير مواليها انتقل لها؛ لأنه يومئذ حق لها. فإن كانت حرة وجعل أمرها بيد أبيها إن تزوج، فتزوج، فأراد الأب الفراق، وكرهته البنت - قال ابن القاسم: ينظر السلطان فى ذلك ويتبع المصلحة. وقال مالك: القول قولها.

فرع: قال: إن شرطت يوم يدخل عليها: فأمر امرأته بيدها، أو: هى طالق، ودخل بها وهى بائن، ثم صالحها - لا يلزمه شىء، قاله ابن القاسم؛ لأنه إنما التزم ذلك فى ذلك اليوم وقد تعذر شرعا بالبينونة، قال: قوله هذا؛ بناء على مراعاة اللفظ، وأما مراعاة المعنى فيلزمه؛ لأن المقصود عدم الاجتماع معها.

فرع: قال إذا شرط: إن كان حرا ثبت النكاح، وإلا فلا - يوقف عنها دخل أم لا، ويعمل بمقتضى الشرط، فإن عتق بعد الاشتراط وقبل العلم فسخ النكاح؛ لانتفاء الشرط فى نفس الأمر. ولها الصداق بالبناء، وليس هذا اختيارا فى العقد، بل اختياره لحال الزوج.

فرع: قال: إذا اشترط: أمر التى يتزوجها بيدها، فحنث - قال ابن القاسم: لا يتزوج عليها أبدا، فإن تزوج فسخ؛ لعدم استقرار النكاح.

فرع: قال: قال ابن وهب: كل ما اشترطه الأب على ابنه الصغير من الطلاق والعتاق لازم له عند الكبر؛ لأن الشرع أقام الأب مقام الابن فى التصرف.

وقال ابن القاسم: لا يلزمه إلا أن يعلم بها فيها فيدخل عليها؛ فإن للأب مندوحة عن الشرط فلا ينفذ تصرفه فيها عليه بخلاف العقود، فإن اختلف هو وأهل المرأة: هل شرط ذلك حالة الكبر أو الصغر، ولم يأت ببينة - فالقول قوله مع اليمين؛ لأنه مدعى الإسقاط، والذى يحلف من أهلها الأب والوصى دون غيرهما. فإن نكلا حلف الزوج وكان ذلك كالبينة ولو لم يدعيا ذلك، وقالا لا علم لنا حلفت المرأة كما تحلف فى الإنفاق، فإن امتنع بعد البلوغ من الالتزام، لم يلزمه النكاح ولا شىء من الصداق إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشروط، وإن دخل بها قبل البلوغ أو قبل العلم سقطت عنه؛ للفوات بالدخول.

وفى كتاب «محمد»: إن لم ترض قبل البناء، قيل له: إما أن ترضى، وإما أن تطلق، فإن طلق فعليه نصف المهر. فإن شرط الأب أو الوصى للصغيرة: أن أمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهى صغيرة -: إن عرفت الطلاق فالخيار لها فى ذلك، وإلا تعقلها[1]. فإن اشترطا: أن أمر التى يتزوجها بيدها، فتزوج عليها وهى صغيرة لا تعقل - فسخ[2]؛ لعدم استقراره لتعليقه على اختيار من لم يعلم حاله فى المستقبل؛ فإن كانت تعقل فلها الخيار.

فرع: قال: فلو شرط أبو النصرانية إن أسلم زوجها فأمرها بيدها أو بيدى، فأسلم- سقط الشرط؛ لأن شروط الكفر لا تلزم بعد الإسلام كانت مما يلزم المسلمين أم لا، كالطلاق والعتاق.

الفصل الثامن: فى العقد على جماعة دفعة.

وفى الكتاب: يجوز جمع النساء فى عقد واحد إن سمى لكل واحدة صداقها، وإلا فلا.

قال اللخمى: وجوزه أصبغ، وإن لم يسم، قال: وهو أحسن؛ لأن النكاح مكارمة، فلا عبرة بالجهل بحصة الصداق.

فإن قال: لا أتزوج هذه إلا بشرط أن تزوجنى الأخرى بمائة، فإن كان صداق المثل فيهما على انفراد جاز، فإن أصدقها ستين على أن تكون بينهما بالسوية، وصداق مثل إحداهما أربعون، والأخرى عشرون - يطلق قليلة الصداق قبل الدخول، [و] يرجع عليها بعشرة ويبقى بيدها عشرون، عشرة منها لصاحبتها، وإن طلق الأخرى أخذ منها خمسة عشر ومن صاحبتها تمام العشرين.

قال صاحب «النكت»: قال بعض القرويين: إذا تزوجهما[3] فى عقد ولم يسم لكل واحدة صداقها، وفات - قسم المسمى بينهما على قدر صداق مثلهما، ولا يلحق بالغرر فيبطل، أو يتعين صداق المثل كجمع السلعتين فى البيع إذا فاتا قسم المسمى.

---

(١) فى ط: وإلا انتظر تعقلها.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: تزوجها.

وقال غيره: إذا طلق قبل البناء أو مات لا شيء لهما للجهالة، والأمتان كالحرتين ولا يستحب ذلك لاتحاد الملك وجوزه الأئمة ابتداء، وإن لم يسم كالسلعتين.

الفصل التاسع: فى تداعيه

ولا يثبت عندنا إلا بشهادة رجلين وعند (ش) و (ح) بشهادة رجل وامرأتين. لنا: أنه من أحكام الأبدان فلا تقبل فيه شهادة النساء.

وفى الكتاب: إذا ادعى الرجل العقد على المرأة وأنكرته وادعت أنه غلبها فلا يمين على المنكر؛ لأنه لا يقضى عليه بالنكول، وإن ادعاها رجلان وأقاما بينتين ولم يعلم الأول فسخ عقدهما بطلقة لتحل يقينا، وافقتهما أو أحدهما أم لا، ولا يقضى بأعدل البينتين بخلاف البيوع؛ احتياطا لأحكام الأبدان.

قال أبو الطاهر: فى القضاء بأعدل البينتين أقوال، ثالثها: التفرقة بين البياعات والنكاحات، وقيل: لا يفسخ بطلاق بل يوقف، فإن تمادى الفراق لزمت طلقة، فإن تزوجها فلا.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا أقرت لأحدهما فهى له؛ لترجحه، وإنما يصح القضاء بأعدلهما - كما قاله سحنون - إذا اتحد المجلس واللفظ.

وفى الجواهر: إذا أتى أحد الزوجين بشاهد ففى تعلق اليمين بالآخر خلاف، ثم إن نكل لم يثبت النكاح ولا يحبس، ويغرم الصداق.

قال ابن القاسم: لا ينتظر إلا أن يدعى بينة قريبة ويُرَى لدعواه وجه، فإن عجز ثم جاء بها وقد نكحت أو لم تنكح فقد مضى الحكم.

ومن ادعى زواج امرأة رَجلٍ قبله، وأتى بشاهد - فليعزل عنها حتى يكمل البينة إن ادعى أمرًا قريبا، فإن لم يكمل لا يحلف واحد منهما.

قال أشهب: إذا أقام بينة، وأقامت بينة أن فلانا زوجها وفلان منكر، وجهل التاريخ - يفسخ النكاحان ما لم يقع الدخول لأحدهما فهى له، ويقيم الآخر البينة أنه الأول.

قال أشهب: وإذا أقام بينة وهى تنكر، وأقامت أختها بينة أنه زوجها، وهو منكر، وجهل التاريخ - فسخ النكاحان.

قال محمد: لإنكاره نكاح الأخرى، فلو أقر أنها الأخيرة لقبل قوله؛ لأن البينة لا تكذبه ولا ينفعه جحود مدعية السبق؛ لأن البينة أثبتت نكاحها.

فرع: قال مالك: تكشف البكر للشهود على رؤيتها عند العقد.

قال محمد: وعلى قولها إن كانت ثيبا، أو صمتها إن كان بكرا.

وإذا ادعت النكاح على ميت وأقامت شاهدا واحدا، قال ابن القاسم: تحلف وترث؛ لأن الميراث مال. ومنعه أشهب حتى يثبت النكاح؛ لأنه فرعه.

ولو أقر بصحته بامرأة، ثم مات، ورثته بإقراره إن كان طارئا، وإلا فالخلاف[1]، إلا أن يكون معها ولد أقر به؛ فيلحق به وترثه، وكذلك لو أقر بوارث غير الزوجة لجرى الخلاف، وإقرار أبى الصبى أو الصبية مقبول عليهما؛ لأنهما أقيما مقامها، وإقرار المحتضر بامرأة سماها بمكة مقبول، وكذلك المحتضرة.

وإذا قال لامرأة: ألم أتزوجك أمس؟ فقالت: بلى. ثم جحد - فاستفهامه إقرار. ولو قال: تزوجتك، فأنكرت، ثم قالت: بلى، تزوجتنى. فقال: ما تزوجتك - فلا يلزمه النكاح بهذا. وقولها خالعنى أو طلقنى، وقوله: اختلعتِ منى - إقرار منهما، وكذلك قوله: اختارى، أو: أمرك بيدك فى الطلاق، قاله ابن سحنون، وكذلك: «أنا منك مظاهر» بخلاف «أنت على كظهر أمى»؛ فإن الأجنبية كذلك.

فرع: قال صاحب «البيان»: قال ابن القاسم: إذا قامت البينة على إقراره بالزوجية فى حياته وصحته والصداق كذا، ثبت ذلك إن كانت فى عياله وحوزه، وإن كانت منقطعة عنه فى أهلها لم يقبل إلا أن يقيمها على إقراره فى حياته؛ لأن انقطاعها ريبة. فإن تقارا جميعا ولم تكن فى حوزه، فقال ابن القاسم: يتوارثان إذا شهد على ذلك وتقادم.

فرع: قال ابن القاسم: إذا قال فى مرضه لمن عُرِفَتْ مملوكَتُهُ: أشهدكم أنى أعتقتها فى صحتى وتزوجتها وهى الآن طالق، ولا بينة على ذلك فى الصحة - فلا يثبت ذلك ولا الميراث؛ لأن النكاح لا يثبت إلا بعد العتق، والعتق لا يثبت بالإقرار فى المرض، ولم يقل: أمضوا هذا العتق، فإن صح لزم العتق والطلاق والقول قوله فى الصداق.

وفى الإقرار بالعتق فى المرض ثلاثة أقوال:

أحدها: ما تقدم.

وفى «المدونة»: إن كان ورثته ولدا أعتق من رأس المال، أو كلالة لم يعتق

---

(١) فى ط: فخلاف.

مطلقا؛ للتهمة. ولمالك - أيضا -: إن كان الوارث ولدا فمن رأس المال، وإلا فمن الثلث فيجرى الصداق والميراث على هذا الخلاف، والصداق من رأس المال إذا أعتقت منه، أو من الثلث إن أعتقت منه.

فرع: قال: إذا ادعت الثلاث وهى بائنة منه، ثم أكذبت نفسها - لم تمكن منه قبل زوج. أو هى فى عصمته، ثم خالعها، فقالت: كذبت وأردتُ الراحة منه - صدقت ما لم تذكر ذلك بعد البينونة. وإن أكذبت نفسها بعد موته فلها الميراث عند ابن القاسم، وقيل: لا ميراث لها؛ للتهمة. وقال سحنون: تصدق فى الميراث دون الرجعة فى الحياة، وفى تصديقها مع الشاهد الواحد حال الحياة قولان لابن القاسم، وقال: إن نكلت لم تمنع من الرجوع إليه. قال: والقياس المنع؛ كالنكول.

فرع: قال: إذا لم تكن تحت زوج وهما طارئان، وعجز عن إثبات ذلك - حلفت؛ لأنها لو أقرت كانت زوجة، وقيل: لا تحلف؛ لأنها لو نكلت لم يثبت النكاح.

قال: والقياس إذا نكلت، يحلف الزوج ويثبت النكاح.

القطب الخامس: فى مقتضاه: وهو يفيد جواز الوطء

قال صاحب «القبس»: والوطء عند مالك واجب على الرجل للمرأة فى الجملة إذا انتفى العذر، وقاله ابن حنبل.

وقال (ش): لا يجب إلا مرة واحدة. لنا: الاتفاق على إلزامه فى الإيلاء.

قاعدة: العقود؛ كالنكاحات، والإجارات، تتناول جميع الأزمان إلا ما استثناه العرف: كزمان الأغذية[1] وقضاء الحاجات وغير ذلك، أو استثناه الشرع: كأوقات العبادات، وزمان سماع الخطبة على من تجب عليه الجمعة، وفيه فصلان:

الفصل الأول - فيما يباح من الزوجة:

وفى الجواهر: عقد النكاح يبيح كل استمتاع إلا الوطء فى الدبر، وقاله الأئمة، ونسبته إلى مالك كذب.

قال ابن وهب: قلت لمالك: إنهم حكوا عنك حله، فقال: معاذ الله! أليس أنتم قوما عربا؟! قلت: بلى. قال: قال الله - تعالى -: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ

(١) فى أ: الأعنية

شِئۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٢٣] وهل يكون الحرث إلا فى موضع الزرع أو موضع النبت؟

وقال إسرائيل بن روح: سألته عن إتيان النساء فى أدبارهن؛ فقال: ما أنتم إلا قوم عرب؟! هل يكون الحرث إلا فى موضع الزرع؟! ألا تسمعوا الله يقول: ﴿نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ فَأۡتُواْ حَرۡثَكُمۡ أَنَّىٰ شِئۡتُمۡ﴾ قاعدة، وقائمة، وعلى جنبيها، ولا يتعدى الفرج. قلت: يا أبا عبد الله، إنهم ينقلون عنك حله؛ فقال: يكذبون علىَّ، يكذبون على، يكذبون على. رواه الدارقطنى.

[وقال له](١) على بن زياد يا أبا عبد الله، عندنا قوم بمصر يحدثون عنك أنك تجيز الوطء فى الدبر، فقال كذبوا على. فالروايات متظافرة عنه بتكذيبهم وكذبهم عليه، وعزى إلى (ش)، ونقل المازنى تكذيبه لذلك كمالك، وظاهر الآية يقتضى التحريم خلاف ما يتوهمة المعنى لقوله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ﴾، والمبتدأ يجب انحصاره فى الخبر؛ كقوله - عليه السلام -: «تَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ وَذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ»، فلا يحصل تحريم بغير تكبير، ولا تحليل بغير سلام، ولا ذكاة الجنين بغير ذكاة أمه، ولا النسل فى غير حالة الحرث الذى هو الفعل المفضى إلى النسل، وروى ابن ماجه قال عليه السلام -: «لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَى رَجُلٍ جَامَعَ امْرَأَتَهُ فِى دُبُرِهَا»(٢).

وروى: قال عليه السلام: «إِنَّ اللهَ لا يَسْتَحِى مِنَ الحَقِّ، لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِى أَعْجَازِهِنَّ»(٣) وروى الزيدونى: قال عليه السلام: «مَنْ أَتَى حَائِضًا أَوِ امْرَأَةً فِى دُبُرِهَا

(١) فى أ: وروى له.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٩) كتاب النكاح: باب النهى عن إتيان النساء فى أدبارهن (١٩٢٣)، وأحمد (٢/ ٢٧٢، ٣٤٤، ٤٤٤، ٤٧٩)، وأبو داود (٢١٦٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٩٨). وقال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٩٧): هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات. وأخرج الترمذى من حديث ابن عباس (٣/ ٤٦٩) كتاب الرضاع: باب ما جاء فى كراهية إتيان النساء فى أدبارهن (١١٦٥) بلفظ «لاينظر الله إلى رجل أتى رجلًا أو امرأة فى الدبر» وقال: حديث حسن غريب. وابن حبان، ذكره الهيثمى فى الموارد ص ٣١٦ كتاب النكاح: باب النهى عن الإتيان فى الدبر (١٣٠٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٩) كتاب النكاح: باب النهى عن إتيان النساء فى أدبارهن (١٩٢٤)، وقال البوصيرى فى الزوائد: هذا إسناد ضعيف، حجاج بن أرطأة يدلس، وقد تقدم - قريبًا - الكلام عليه، وقد رواه بالعنعنة. والحديث منكر لا يصح من وجه، كما صرح بذلك البخارى، والبزار، والنسائى، وغير واحد. ورواه النسائى فى الكبرى، وابن حبان فى صحيحه من طرق، عن خزيمة، إلا أنهما قالا: «أعجازهن بدل أدبارهن».

أَوْ كَاهِنًا فَصدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ»[١].

ولأن الشرع إنما حرم اللواط والاستمناء؛ لئلا يستغنى بهما عن الوطء الموجب للنسل الموجب لبقاء النوع والمكاثرة لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأمته، وهذا المعنى قائم ههنا فيحرم؛ لاندراجه فى قوله - تعالى - ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وتلطخ الإنسان بالعذرة من الدبر من أخبث الخبائث، ولا يميل إلى ذلك فى الذكور والإناث إلا النفوس الخبيثة خسيسة الطبع، بهيمية الأخلاق، والنفوس الشريفة بمعزل عن ذلك.

تفريع: فى الجواهر: الوطء فى الدبر كالوطء فى القبل فى إفساد العبادات، وإيجاب الغسل من الجانبين، ووجوب الكفارة والحدود، والعدة، وحرمة المصاهرة، دون التحليل والإحصان، واختلف فى تكميل الصداق به.

فرع: فى «البيان»: قال ابن القاسم: لا بأس أن يكلم الرجل امرأته عند الجماع ويعريها.

وقال القاسم بن محمد: وقد سئل عن النخير[٢]، فقال إذا خلوتم فاصنعوا ما شئتم. وكرهه صاحب «البيان»، وأجاز أصبغ النظر إلى الفرج [عند الوطء][٣] من الجانبين.

الفصل الثانى - فى العزل:

فى الجواهر: لا يجوز عن الحرة إلا بإذنها؛ لأنه يخل بوطئها، ولها حق الوطء وكماله، ولا عن الأمة الزوجة إلا بإذن أهلها دون إذنها؛ لأن زواج الرقيق حق للسادات لأجل مالية المثل، ويجوز عن السرية بغير إذنها إجماعا؛ لعدم حقها فى الوطء وأصله ما فى الموطأ: قال أبو سعيد الخدرى: خرجنا معه - عليه السلام - فى غزوة بنى المصطلق، فأصبنا سبيا من سبى العرب، واشتهينا النساء واشتد علينا العزبة وأحببنا الفداء، فأردنا أن نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا قبل

(١) من حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود (٤/ ٢٢٥) فى كتاب الطب: باب فى الكاهن (٣٩٠٤)، والترمذى (١/ ٢٤٢ - ٢٤٣) فى الطهارة: باب ما جاء فى كراهية إتيان الحائض (١٣٥)، وذكره المنذرى فى مختصر السنن، وعزاه للنسائى (٣٧٥٣)، وأخرجه ابن ماجه (١/ ٢٠٩) فى الطهارة: باب النهى عن إتيان الحائض (٦٣٩)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٠٨).

(٢) فى ط: التخير. وفى أ: النجير.

(٣) فى أ: لا هو له.

أن نسأله؟! فسألناه عن ذلك، فقال: «مَا عَلَيْكُمْ أَلَّا تَفْعَلُوا مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا وَهِي كَائِنَةٌ»(١).

قال صاحب «القبس»: اجتمعت الأمة على جوازه، وإذا قبض الرحم المنى فلا يجوز التعرض له، وأشد من ذلك: إذا تخلق، وأشد منه: إذا نفخ فيه الروح؛ فإنه قتل نفس إجماعا.

* * *

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٩٤) كتاب الطلاق: باب ما جاء في العزل (٩٥)، وأخرجه البخاري (٥/ ٢٠٢) كتاب العتق: باب من ملك من العرب رقيقًا (٢٥٤٢)، وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٦١) كتاب النكاح: باب حكم العزل (١٢٥ - ١٤٣٨).

الباب[1] الثانى

فى أسباب الخيار

وهى ثلاثة

السبب الأول - العيوب، وفيه فصلان:

الفصل الأول - فى عيوب النساء وفيه نظران:

النظر الأول - فى الموجب:

وفى الكتاب: يرد النساء بالجنون والجذام والبرص وداء الفرج؛ لما روى أنه - عليه السلام - «تزوج امرأة من بنى بياضة، فوجد لكشحها بياضا؛ فردها وقال: دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ»[2] وروى عن عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة - رضوان الله عليهم -: رد النساء من هذه العيوب الأربعة، ولا مخالف لهم؛ فكان إجماعا، ووافقنا (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا ترد بعيب ألبتة؛ لقول ابن مسعود: لا ترد المرأة بعيب.

وجوابه: تخصيصه بغير مورد السنة؛ جمعا بينهما. وقياسا على الجَبِّ والعنة فى الرجل.

وفى الجواهر: الجنون والصرع والوسواس الذى ذهب معه العقل، والجذام ينفر وإن كان قليلا، وقاله ابن حنبل، واشترط (ش) تفاحشه حتى لا يقبل العلاج.

لنا أنه منفر؛ فيمنع الوطء، ولأنه يظهر فى النسل.

فرع: قال اللخمى: ترد إذا اطلع أن أحد الأبوين كذلك؛ لتوقعه فى الذرية.

قال: ورأيت امرأة كان أبوها أجذم، ولم يظهر فيها وظهر فى عدد من ولدها.

وفى الجواهر: ترد المرأة بالبرص ولو خيطا، وقاله ابن حنبل، وخالف (ش) كما تقدم فى الجذام وسوى ابن القاسم بين الرجل والمرأة فيه.

وروى أشهب: عدم اعتباره فى الرجل وإن عظم؛ فإن النفرة من المرأة لا تمنع التمكين ويمنع تعاطى الوطء من الرجل.

---

(١) فى أ: الفصل.

(٢) من حديث شداد بن الهاد أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٤٩٣)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٢١٤)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٣٠٠).

قال اللخمى: يعتبر الجنون، ولو كان فى الشهر مرة، وترد بالبخر، خلافا للأئمة؛ لأنه منفر، وقاسوه على الجرب والصنان. والفرق أنه أفحش بشهادة العادة. وبالإفضاء: وهو اختلاط مسلك المنى ومسلك البول.

وقال ابن حبيب: ترد بالقرع الفاحش لتنفيره كالبرص. ومنع أبو الوليد؛ قياسًا على الجَرَب.

قال أبو الطاهر: فى الرد بنتن الفرج والقرع[1] والسواد قولان، والمشهور: الرد. وألحق اللخمى البَخَر فى الفم والأنف.

فرع: قال اللخمى: يردها إذا وجدها عذيوطة وهى التى تُحدث عند الجماع.

وقال (ش) وابن حنبل: فإن تداعيا:

قال ابن المعدل: يطعم أحدهما تينا والآخر فقوصًا. وخرج الحنابلة عليه: الناسور والقروح السائلة فى الفرج، ومنعوا فى البخر.

فائدة: قال الجواليقى فيما تغلَط فيه العامة: يقولون: العضروط للذى يُحدث فى الجماع، وإنما هو العذيوط - بكسر العين، وفتح [الياء بائنتين][2] من تحتها، والذال والواو ساكنين - والعضروط الذى تقوله العامة هو الذى يَخدُمُك بطعامه، وجمعه: عَضَاريط وعَضارطة. وفى الكتاب: ما عَلم أهل المعرفة أنه عيب فى الفرج رُدت به، وإن جُومِعت معه؛ فإن المجذومة قد تَجامَع.

قال اللخمى: الرتق والقَرن أربعة أقسام:

ما لا ضرر عليهما فى قطعه ولا عيْبَ فى الإصابة بعده، فالقول قول من دَعَا إلى القطع، فإن طلق بعد رضاها بالقطع تَشَطَّرَ الصداق، وإلا فلا شىء عليه.

وما يَضرها ولا عيب فيه: فالخيار لها دونه.

وما لا يضرها ولا عيب: فالخيار له دونها، فإن أحب لزمهما، وإن فارق فلا شىء عليه.

وما يضر ويعيب: فلكل واحد منهما أن يمتنع.

قال ابن يونس: وفى كتاب محمد: إذا كان الرتق من الخِتان أزيل وإن كرهت، إذا قال النساء: لا يضرها.

---

(١) فى أ: الفرع.

(٢) فى الأصل: الباء بواحدة.

قال أصبغ: إذا قامت للعلاج نحو السنة وهُوَ يَستمتع بها فلها جميع الصداق، كالعنين، وفى الرد بالسواد والقرع والبَخَر والخشم - وهو نتن الأنف - قولان، قال: وأرى رَدَّها بالصغر نحو خمس سنين؛ لامتناع الوطء كالرتقاء.

والصبر إلى البلوغ ضرر، وكذلك الهرم المفرط، والمستحاضة، ولم يجعل مالك الكفر عيبًا فى الزوجين، واختُلِفَ إذا قال لها: أنا نصرانى، فقال: لها الرد، وقال ربيعة: الإسلام ليس بعيب.

وفى الجواهر: قال ابن حبيب: له الرد بالسواد وإن لم يشترطه إذا كان أهلها بيضًا؛ لأن ذلك كالشرط.

قال أبو الوليد: فعَلَى هذا يكون عارفًا بأهلها، وإلا فلا.

فائدة - من «التنبيهات» - العَفَل - بفتح العين المهملة وفتح الفاء - فى النساء كالأدرة فى الرجال: لحم يبدُو من الفرج، وقال غيره: رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع. والقَرْن - بفتح القاف وسكون الراء - مثله. وقد يكون خلقة، وقد يكون عظمًا، وقد يكون لحمًا. والرتق - بفتح الراء - التصاق موضع الوطء.

فرع: قال ابن يونس: إذا أكذبته فى داء الفَرج صُدقت؛ لأن الأصل عدمه، ولا ينظر إليه النساء؛ لأن النظر جرحة فى الشاهد(١)، فإن شهد امرأتان جازت شهادتهما، وقال سحنون: ينظر إليها النساء؛ لضرورة دفع الخصام والضرر.

وفى التنبيهات: روَى ابن أبى زمنين: لفظ المدونة يقتضى نظر النساء. وقال ابن كنانة(٢): هو مذهب مالك؛ لقوله فى الكتاب: ما علمه أهلُ المعرفة من داء الفرج.

قال أبو الفضل: وفيه نظر؛ لأنه يمكن [نقاؤها عنه](٣)، ويسأل عنه الناس.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك وأصحابه: ما حدث بها عند الزوج من العيوب الأربعة، فلا خيار له، وقاله (ش)؛ قياسًا على عيوب البيع.

فرع: قال محمد: وما حدث بعد العقد من البرص الفاحش فلا خيار لهما. وخالف ابن حبيب وابن حنبل؛ نفيًا للضرر عنهما، وقياسًا على الإجارة.

قال صاحب البيان: يفرق بينهما بالجذام البيّن حدَث قبل العقد أو بعده،

---

(١) فى أ: لأن النظر حرمة إلا فى الشاهد.

(٢) فى أ: لبابة.

(٣) فى ط: بتاؤهما عليه

ولا صداق إلا أن يدخل. وقال أشهب: لا يفرق بينهما إلا أن يتفاحش، ولا يحتمل النظر إليه.

فرع: قال: فإنْ رضيت بالمقام معه ثم كرهته، فثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: ليس لها إلا أن يريد.

وقال ابن وهب: لها نفيًا للضرر؛ لأنه لا تؤمن زيادتُه.

[وقال أشهب ذلك، وإن أمنت زيادته][1].

فرع: وفى الجواهر: ما حدث بعد العقد ففيه أقوال، ثالثها: التفرقة بين ما تخشَى زيادتُه من البرص، وما لا فلا، ورابعهما: التفرقة بين كثير البرص وقليله.

فرع: قال: فإن ادَّعى الأب حدوثه بعد العقد فالقول قوله إن كان التداعى بعد الدخول؛ لأنه مدَّعى عليه للرد، وإلا فالقول قول الزوج؛ كقول المشترى قبل القبض، والمشهور: أن الأيمان فى هذا كله على البت من الأب والزوج وغيرهما. وفى الجواهر: إن تداعيا تقدمه على العقد فى المرأة: فالبينة على الزوج، فإن تعذرت قال مالك. إن كان الولى أبًا أو أخًا عليه اليمين، أو غيرهما فاليمين عليهما، فجعل محل العدم[2] محل اليمين.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك فى المدونة: يؤخر فى الجنون بعد العقد سنة لعلاجه، فإن صح وإلا فرق بينهما، والأجذم لها مفارقته بخلاف الأبرص؛ لكثرة أذية الجُذام. وقال ابن القاسم: إن كان يُرجى علاج الأجذم أُجِّل سنة.

فرع: قال: فإن علم بعيبها ثم دخل، فَلَا خيار له لِرضاه، وكذلك إن علم بعد البناء فأمسكها، فإن أنكر العلم حَلَف، وان ادَّعت المَسِيس[3] بعد العلم وأنكره: حَلَف؛ لأن الأصل عدمُه، فإن نَكَلَ حَلَفت.

فرع: قال اللخمى: إذا قال الولى: هى سالمة، قال ابن القاسم: ليس بشرط. وقال أصبغ: شرط. ولو قاله أجنبى بحضرة الولى وهو ساكت فهو غَرَر.

وفى الجواهر: قال أبو محمد: ولو كتب فى العقد: صحيحة العقل والبدن، ليس بشرط؛ لأنه تلفيق الوثاقة. ولو قال: سليمة البدَن، فهو شرط؛ لأن العُدول

(١) بياض فى أ.

(٢) فى ط: الغرم.

(٣) فى أ: المسمى.

عن اللفظ المعتاد يشعر بالشرطية. وفى الكتاب: لا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترطه؛ لأن النكاح إنما يقع بعد الفحص، فكان الأصل ألا ترد بعيب ألبتة؛ صونًا للحرائر عن بذلة الرد، ولذلك لم يجُز اشتراط الخيار، ولأنه مفرط بعدم الاشتراط.

تنبيه: فى الجلاب: إن تزوجها فى عدتها جاهلًا ودخل بها، فعليه ردها، وهو بمنزلة العيوب التى ذكرناها.

قال الشراح: يريد: فى الرجوع بالصداق على الولى.

قال الأبهرى فى شرح المختصر: لأنه منعه من استدامة الوطء، والصداق مبذول للاستدامة، ولو لم يعلم الولى بذلك رجع عليها؛ لأنها غرته، ويترك لها ربع دينار، وتحرم عليه أبدًا؛ لأنه مصيب فى العدة، فإن فرق بينهما قبل الدخول جاز أن يتزوجها بعد ذلك بعقد جديد.

النظر الثانى - فى الموجب:

وفى الكتاب: يسقط الصداق إن لم يبين؛ لأنه فائدة الرد، وإن بنى فلها، ويرجع به على وليها إن كان أبًا أو أخًا أو مَن يعلم ذلك منها؛ لأنه غره، ولا يرجع الولى على المرأة؛ لأنها استحقته بالبناء. وإن كان ابن عم أو مَن لا يظن به علم ذلك: فلا شىء عليه، ويرده[1] إلا رُبع دينار؛ لأنه حق الله تعالى.

وقال (ش): يسقط قبل المسيس وبعده، وترجع بعده إلى صداق المثل؛ لأن مقتضى الفسخ تراد العوضين، ولا يرجع على الولى؛ لأنه وكيل، ويرجع عليها إن غرت، ووافقنا ابن حنبل.

لنا: قول عمر وعلى - رضى الله عنهما -: أيُّما رجل نَكَح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص، فمسها - فلها صداقها. وذلك لزوجها غرم على وليها، من غير مخالف لهما؛ فكان إجماعًا.

تنبيه: فى الجلاب: إذا اطلع على عيبها، فطلقها واختار ردها قبل الدخول - فلا شىء لها. قال الشراح: هذه العبارة تجوُّز؛ لأن بعد الطلاق يتعذر الرد، بل معناه: فردها وطلقها بالرد.

---

(١) فى أ: وترده.

فرع: قال ابن يونس: إذا كان الولى معدمًا، أو مات دون شى ء لم يرجع على المرأة.

قال ابن القاسم وقال ابن حبيب: يرجع عليها إن كانت مليةً أو على أولهما يسرًا إن كانت عديمة؛ كالضامن مع المضمون عنه[١].

قال محمد: إن علم البعيد ذلك منها، رجع عليه بالإقرار أو بالبينة، ويحلف إن ادعى الزوج عليه بأمر علمه، فإن نَكَلَ حلف: لَقَد عَلم وغرنى. فإن نَكَلَ فلا شى ء له عليها؛ لإقراره بغرر[٢] الولى.

فرع: قال: فإن زوج الأخ البكرَ بإذن الأب، فالغرم على الأب، أو الثيب فعلى الأخ؛ لانتفاء الإجبار، وإن زوج غير ولى غارًا رجع عليه، إلا أن يعلم أنه غير ولى؛ كالموكل على البيع، ويعلم المشترى الوكالة.

فرع: قال: وإذا رجع بالصداق لا يلزمه أخذ ما اشترته لشوارها؛ لأنها متعدية فى تصرفها.

قال ابن القاسم: إن لم يعلم بعيبها حتى طلقها أو ماتت لا يرجع بشى ء؛ كالعبد المعيب يباع قبل العلم.

فرع: فى الكتاب: إذا غر الولى فزوَّج فى العدة فسخ بعد الدخول، وضمن الولى الصداق، وإن كانت هى الغارّة ترك لها ربع دينار.

قال اللخمى: فإن غراه جميعًا يخير[٣] فى الرجوع بينهما، فإن رجع على الولى رجع عليها.

والمرأة والولى فى العيوب على ثلاثة أقسام:

قسم يحمل فيه على العلم: كالجنون والجذام.

وقسم يحمل فيه الأب وحده على العلم: كعيب الفرج الذى تطلع عليه الأم حالة التربية.

وقسم يحمل جميعهم على الجهل فيما يخفى على الأم، أو ماتت الأم نفسها، أو حدث بعد موتها: كالعَفَل، أو يكون من ذوى القدر فلا يخبر بعيب بابنته.

---

(١) فى ط: عليه.
(٢) فى أ: معرور.
(٣) فى ط: تخرج.

وقال ابن حبيب: إذا اتهم الولى، وردَّ اليمين عليه، فنكل - له الرجوع على المرأة، بخلاف ما تقدم، قال: وهذا أصوب؛ لأنها تخفى عيبها فلا يضر الزوج عدوله عنها إلى الولى. فإن أمرته أن يخبر بعيبها، فلم يفعل: رجع الزوج عليه، ورجع عليها فيما بين الصحة والداء(١)، وليس لها بيع معيب [وأخذ ثمن](٢) سالم، إلا أن تكون عادتهم: لا يتركون من صداقٍ لعيب. وفى الجواهر: إذا كان الولى القريب غائبًا يخفى خبرها عليه:

قال مالك وابن القاسم: لا غرم عليه؛ بل على المرأة. قال ابن القاسم: بعد أن يحلف: ما علم.

وروى عن مالك: عليهِ الغرم.

فرع: فى الجواهر: فإن فارق، أو مات أحدهما، أو خالع، ثم علم العيب بعد ذلك - بطل الرجوع، ويغرم الزوج الصداق؛ كالمبيع(٣) يفوت.

وقال سحنون: يرجع الزوج على من غره، وإن غرته رجع عليها، وان غرها رجعت عليه بما خالعته به.

الفصل الثانى - فى عيوب الرجال:

وفى الكتاب: قال ابن المسيب: للمرأة رد الرجل بالعيوب الأربعة، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. قال مالك: ترده بالجب والخصاء بطلقة بائنة، خلافًا لـ (ش) فى كونه فسخًا كالبيع. وجوابه: أن العقد صحيح فلا يرفع حكمه إلا الطلاق؛ لأنه الرافع المجمع عليه وما عداه ممنوع، ثم الفرق: أن الأملاك يؤثر الاختيار فى إسقاطها بالإعراض عنها، [فأمر فى رفعها](٤) بالإقالة والفسخ بخلاف النكاح، قال: وعليها العدة بعد الدخول إن وطئ، وإلا فلا.

وإن قطع ذكره دون أنثييه، وهو يولد لمثله: فعليها العدة، ويلحقه النسب. وإن

---

(١) فى أ: والدواء.
(٢) فى أ: واحد من.
(٣) فى أ: كالبيع.
(٤) فى أ: فأثر.

علمت بعيبه قبل العقد أو بعده ومكَّنته، سقط قولها إلا فى العنين[١] وحده؛ لأنها ترجو علاجه.

قال الأبهرى: ولها المفارقة بطلقة واحدة بائنة لا أكثر.

قال ابن يونس: إن فارقت قبل البناء فلا صداق؛ لأن الفسخ من قبلها.

و قال ابن الجلاب: إلا فى العنين؛ لأنه غارٌ لها.

قال ابن يونس: أو بعده، فلها كمال المهر.

وعيوب الرجل أربعة:

الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين.

والخصاء: وهو قطع إحداهما.

والعُنة: وهو فرط صغر الذكر.

والاعتراض: وهو عدم القدرة على الوطء لعلة، ويسمى أيضًا: عُنة؛ فإن العنة من «الاعتنان» و «العنن» - وهو الاعتراض - ومنه: عنان السماء، بفتح العين، جمع «عنانة»: وهى السحابة المعترضة بين السماء والأرض، وقيل: لأن ذكره يعترض قبل المرأة، وقيل: لأن الآفة عرضت له.

وفى التنبيهات: الخصى: مقطوع الأنثيين فقط، والفقهاء يطلقونه على مقطوع الذكر والأنثيين.

فرع: فى الكتاب: يضرب للمعترض سنة من يوم ترافعه، وقاله الأئمة وعمر وابن مسعود؛ لاحتمال تغير العلة فى أحد الفصول الأربعة. فإن لم يصبها فى الأجل، فلها الفرقة بطلقة بائنة خلافًا لـ (ش) وابن حنبل، وتقدم جوابهما، وتعتد؛ لوجود مظنة الوطء ولَحْق الولد، ولها جميع الصداق؛ لطول المدة وإخلاق الجهاز، وقيل: لها نصف الصداق لعدم الوطء؛ لظاهر القرآن.

قال ابن يونس: يضرب للعبد نصف سنة؛ لأن تحديد مدة النكاح عذاب، ويتشطر؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، ولأنه مقرب من الفراق، وهو عذاب، وقيل: سنة، وقاله (ش)؛ لأن الضرب رفق به، وانتقال الأمراض فى الفصول لا يختلف بالرق، والضرب ههنا

(١) فى ط: العنة.

من يوم المرافعة(١)؛ لأنه معذور بخلاف المولى من يوم الحلف، ولأنه يقول: رجوت المسامحة فأخرت المعالجة.

فرع: قال: ولو اختلفا فى العُنة فالقول قوله، وقاله (ش) خلافًا لابن حنبل؛ لأن الأصل: السلامة كعيب المبيع. وإذا قال: جامعتُها فى الأجل فكذلك؛ لأنها مدعية استحقاق الفراق. وقال (ش): القول قولها؛ نظرًا للأصل.

وقال ابن حنبل: البكر ينظر إليها النّساء، والثيب يقال: أخرج ماءك؛ فإن العنين يَعجز عن الإنزال، فإن تنازعا فى كونه منياً وضع على النار؛ فإن المنى يذوب. وفى الكتاب: يحلف فإن نَكَل فرق بينهما، فإن نَكَلت بقيت زوجة.

ونَزَلَت فى المدينة فأفتى فيها غير مالك بأن يجعل الصفرة فى فرجها، وقيل: تجعل النساء معها.

قال صاحب التنبيهات: الذى أفتى بالصفرة هو ابن أبى صفرة، لكن بعكس ما فى الكتاب، قال: تُجعل على ذَكَره وتلتمس فى فرجها. وقال [ابن كنانة](٢) مفسرًا للكتاب: تبطح على ظهرها فى الأرض، ويكشف هو ما خلفها؛ لئلا يجعل الصفرة بإصبعه، ولم يقله غيره، بل مواضع الوطء لا يصلها الأصبع، وقيل: يجعل النساء معها. وفى الجواهر: وروى ابن حبيب: لا يحلف إلا بعد الأجل ودعوى الإصابة. ثم حيث(٣) ثبت لها الخيار فأقامت، فروى ابن القاسم: لها الفراق من غير سلطان؛ لتقدم الحكم، ومذهب (ش): لها خيار الفسخ مطلقًا من غير حاكم كالإقالة فى البيع، وروى عن مالك: لا بد من السلطان فيفرق بينهما من غير أَجَل؛ لأنه أمر مختلف فيه [فلا يثبت](٤) إلا بالحاكم، وهو حجتنا على (ش) فى أصل العُنة من جهة أنه أمر يحتاج إلى نظر بخلاف البيع، والفرق بينهما: أن يؤمر هو بإيقاع الطلاق، فإن امتنع أوقع الحاكم، فإن وطئها مرة ثم اعترض عنها أو زَمِنَ فلا حجة لها.

وقال (ش): السقوط حقها بالوطأة الأولى إلا مع قصد الضرر كالمولى. وإن أصابها ثم طلقها ثم تزوجها فلها مرافعته؛ لأنها لم ترض بالعيب.

(١) فى أ: الدفع.
(٢) فى أ: لبابة.
(٣) فى أ: حنثت.
(٤) فى أ: فلا يستقر.

قال اللخمى: قال عبد الوهاب: ويضرب له أجل ثان، فإن أصاب وإلا خيّرت؛ لأنها كانت تتوقع بُرءه، قال: وأرى أن لا مقال لها؛ لأنها علمت بالعيب. وكذلك إذا تزوج غيرها[1] وعلمت الثانية بما تقدم، أو ضرب له أجل فلم يصِبْ، ورضيت بالمقام ثم قامت - قال ابن القاسم: لها ذلك من غير أجل.

وقال ابن حبيب: إن قامت بقرب ذلك فلا مقال، والقياس فى هذا كله: عدم مقالها.

فرع: قال: ولا يضرب الأجل إلا لمن يرجى ولم يعالج قبل ذلك سنة، فإن مرض فى أجله لم يعتبره ابن القاسم.

وقال أصبغ: إن مضت السَّنَة وهو مريض استؤنف الأجل.

وقال عبد الملك: ان مرض بعضها لم تطلق عليه؛ لاحتمال أن يكون المرض مانِعا من زوال علته، قال: وأرى أن يستأنف إن مرض جميعها، فإن صح النصف الثانى كمل عليه، وإن صح الأول استؤنف الأجل.

فرع: فى الجواهر: إذا ادعت العيب وأنكر، فالمجبوب والمحصور وممسوح الذكر وحده أو مع الأنثيين: مختبر بالجس من عَلَى الثوب، والقول قول العنين.

قال اللخمى: أجاز مالك فى ذلك قول امرأة واحدة، قال: وأرى[2] أن تسأل المرأة، فإن شَكَت عدم الانتشار نُظر إليه من فوق، فإن قالت: يذهب انتشاره إذا دَنا، فيجوز أن تصدق؛ لأن ذلك يعرض، ويجوز ألا تصدق؛ لأنها مدعية حدوث علته.

فرع: فى الكتاب: لِوُلَاةِ المياه وصاحب الشرط ضَرْبُ أجل العنين والمفقود؛ لأنهم حُكّام.

فرع: إذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح عُزل عنها، وأجل سنة لعلاجه، فإن صح وإلا فرق بينهما، وقضى به عمر، رضى الله عنه.

وقال ربيعة: إن أذاهَا لم تحبس عنده، والا لم يجُز طلاقه، ولها مفارقة البيّن الجُذام. قال ابن القاسم: إن رُجِى علاجه ضرب له الأجل.

---

(١) فى أ: غيره.
(٢) فى أ: والرأى.

قال ابن يونس: قال سحنون: يفرق بالبرص المنتن الرائحة.

قال ابن القاسم: ذلك إن أضر بها. وفي الجلاب: روى الرد بالبرص كما ترد به المرأة، وروى: عدم الرد؛ لأن الرجل لا يقصد للاستمتاع كالمرأة.

[قال الأبهري: وقال ابن حبيب][(١)]: يُرد بها قبل العقد وإن لم يكن فاحشًا دون ما حدث بعده. إلا أن يكون فاحشًا مؤذيًا، قاله مالك وأصحابه.

وفي «البيان»: المشهور: إذا حدث الخِصاء بعد البناء، لا مَقَالَ لها؛ لنيلها الوطء الذي تناوله العقد، وقال أصبغ: ان خصى قبل الدخول فكذلك أيضًا؛ لأنها مصيبة نزلت بها ولم يقصد ضررها، والمشهور: خلافه.

فرع: في «الجلاب»: إذا فرق بين العنين وامرأته لحداثة نكاحه ففي تكميل الصداق روايتان، ويكمل المجبوب والخصي بعد البناء؛ لدخولهما على عدم الوطء.

سؤال: كيف يفرق بينهما بحداثة النكاح، مع أنه لا بد من ضرب أجل سنة اتفاقا؟

جوابه: تقع الفرقة بعدم النفقة والمضارة وغيرهما قبل السنة.

فرع: في الكتاب: من سرمد العبادة وترك الوطء لم يُنْهَ عن تبتله، بل يخير بين الوطء والفراق إن طالبته. وفي «الجلاب»: إذا هرم الرجل لم يفرق بينهما؛ لدخولهما على ذلك.

تمهيد: قال اللخمي: العيوب ثلاثة:

ما يجب استحسانا فإن عقد معه صح: كالقطع، والعمى، والشلل.

وما يجب على الولي اجتنابه: كالجنون، والجذام البين.

ومختلف فيه: وهو غير ذلك.

فإن زوجها من خصي أو مجنون على وجه النظر لزمها، وقيل: لا مقال لها في الجذام الفاحش.

وقال سحنون: لها المقال[(٢)] في الجنون والجذام وغير الكفء[(٣)]؛ لأنه ضرر ولو

---

(١) في أ: وقال ابن القاسم.

(٢) في ط: المقام.

(٣) في ط: الكبر.

كانت مجنونة(١) اغتفر عيبه لعيبها.

قال اللخمى: فإن كان ذاهب الأنثيين فقط، قال سحنون: مضى نكاحه، ولا مقال لها فى عدم النسل كالعقيم.

وقال مالك: يرد؛ لنقص جِمَاعِهِ، قال: والأول أبين، وللمرأة رده بقطع الحشفة. وقول سحنون فى المجنونة لا يستقيم؛ لأن مجنونين لا يجتمعان، بل إذا اطلع كل واحد من الزوجين على عيب صاحبه فلكل واحد منهما القيام، وإن كان من جنس واحد كجذام وجذام أو غيره.

السبب الثانى - الغرور، وفيه نظران:

النظر الأول - فى حكمه:

قال أبو الطاهر: فى الغرور بالفعل الذى هو مباشرة العقد وبالقول الذى هو الإخبار من غير مباشرة العقد، أقوال، ثالثها: يجب الضمان بالفعل دون القول.

فائدة: أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف كإحراق الثوب، أو سبب الإتلاف: كحفر بئر من غير مأذون فيه فيهلك فيه معصوم النفس أو المالية، أو وضع يد غير مؤمنة: كيد الغاصب، ويد المختبر للسلعة ليشتريها؛ فإنهما يضمنان وإن لم يتلفا ولا كانا سببا للإتلاف، وهو خير من قولنا: وضع اليد العادية؛ [فإن يد المستام ليست عادية(٢)]، ومتى اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة: كحافر بئر والإلقاء فيه؛ فيقدم الإلقاء لقربه من الأثر، إلا أن يقوى التسبب جدا؛ فيقدم كتقديم السم فى طعام الإنسان، أو يستويان فى القوة فيعتبران معا كإكراه على القتل؛ ليقتص منهما. فعلى هذه القاعدة يتخرج ضمان الصداق وغيره؛ لأن الغرور تسبب، وتضمين(٣) قيمة الولد؛ لأن شأنه أن يكون رقيقا، فأبطل الأب رقه بظنة الحرية؛ فهو [مباشر الإبطال](٤).

تفريع: فى الكتاب: إن غرته بحريتها، فعلم قبل البناء برقها وإِذْنِ سيدها فى إنكاحها - فله الفراق لعيب الرق، ولا صداق إلا أن يبنى بها؛ فلها المسمى لاستيفاء

(١) فى ط: المجنونة.
(٢) فى أ: فإن يد المستهام عادية
(٣) فى أ: ويضمن.
(٤) فى أ: مباشر للإبطال.

ما يقابله، إلا أن يزيد على صداق المثل فيسقط الزائد، وإن شاء أمسك ولها المسمى؛ لتغريره بالعقد، ولا يفسد العقد بالغرور عند مالك و (ح) وابن حنبل.

وقال (ش): يفسد؛ كما لو باعه فرسا فوجده حمارًا.

وجوابه: أن الاختلاف فى الصفات لا يوجب فساد العقد؛ كالسواد والبياض، وثم فاتت الذات بالكلية.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن نقص عن صداق المثل أتمه؛ لاستيفائه المنفعة.

وقال أشهب: لا شيء عليه للرضا بالمسمى؛ كما لو زنا بها طائعة.

وفى الجواهر قال غيرهما: ليس لها إلا ربع دينار.

قال صاحب «تهذيب الطالب»: قال ابن القاسم: لا تزاد على ما أعطاها إن كان ربع دينار، ولو نقصها وظنه أكثر من ذلك، وإلا أعطاها صداق مثلها.

وقال غيره: إن أصدقها مثل صداق مثلها أعطيت نصف صداق حرة ونصف صداق أمة.

قال ابن يونس: ويصدق الزوج فى ادعاء ظن الحرية؛ لأنه الظاهر.

قال أصبغ: والبينة على السيد.

وفى الجواهر: قال سحنون: القول قول السيد؛ لأن الأب مدعٍ حرية ولده وهو ولد أمة السيد.

قال ابن يونس: ولو أقر الأب برقها، وقد فشا غروره له، وولدت - لم تصدق؛ لاتهامه فى نسب الولد وإسقاط القيمة.

فرع: فى الكتاب إذا أخبره رجل أنها حرة وزوجها إياه غيره، فلا رجوع على المخبر أنها حرة؛ لأنه لم يباشر العقد، وكذلك إن باشرها جاهلا بالرق، وإلا رجع عليه بالصداق دون قيمة الولد؛ لأنه لم يغره من ولد. ولو أعلمه أنه غير ولى لم يرجع عليه؛ لدخوله على توقع الفسخ من الولى.

قال ابن يونس: قال محمد: يرجع عليه إذا علم بالرق وباشر كان وليا أم لا، ولا يترك له ربع دينار، وكأنه باعه البضع ثم استحق.

فرع: فى الكتاب: لو غر عبده حرة، فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار؛ لعدم الكفاءة ما لم تمكنه من وطئها بعد علمها؛ فإنه رضا، فإن كرهته فرق السلطان بينهما

إلا أن يفارق الزوج.

النظر الثانى - فى الولد: وهو حر إجماعا

وفى الكتاب: على الأب قيمة الولد لسيده، وقاله الأئمة يوم الحكم، وقاله (ش). وقال ابن حنبل: يوم الوضع، وقاله المغيرة منا. فى الجواهر؛ لقضاء عمر وابن عباس - رضى الله عنهم - بذلك.

وجوابه: أن سبب الضمان منع السيد من الولد وذلك إنما يتحقق يوم الحكم، ولو كان لتفويت الرق لضمنه جنينا؛ لتخلقه حرا، ولم يقله أحد، وقد قضى عمر وعثمان - رضى الله عنهما - بمثله.

قال مالك: وذلك يرجع إلى القيمة؛ لأنها أعدل.

فرع: قال: فإن قتل، فأخذ أبوه ديته حرا، ثم استحقت الأم - فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبدا أو بما أخذه؛ لأن الأقل إن كان قيمة العبد فليس للسيد إلا عبد أو الدية، فيقول: لو مات قبل الحكم لم أضمن شيئا، وقد مات ولم يبق إلا الدية.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا شىء عليه من قيمة الولد؛ كما لو اقتص الأب من قاتله، أو هرب قاتله، أو مات العبد وترك مالا؛ فإنه لأبيه.

قال أصبغ: إذا استهلك القيمة، فوجده السيد معدما - لا يرجع السيد على غارم الدية بشىء؛ لأنه أدى ما لزمه.

وفى الجواهر: لو جنى على الولد جناية دون النفس تزيد ديتها على قيمته فالفاضل للولد؛ لأنه بدل أجزائه.

فرع: «فى الكتاب»: إذا استحقت وفى بطنها جنين فعلى الأب قيمته يوم الوضع وهو حر؛ لأنه لا قيمة له قبل ذلك. ولو ألقته بجناية قبل الاستحقاق أو بعده فللأب غرة؛ لأنه حر، وعليه للسيد الأقل منها أو من عشر قيمة أمه يوم الجناية؛ لما تقدم فى القتل، وللولد حكم الأحرار فى لحوق النسب والجنايات قبل الاستحقاق وبعده.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا شىء للمستحق كما فى القتل.

فرع: فى الكتاب: إذا استحقت بعد موت زوجها معدما أو فى حياته معدما وولدها موسر، فالقيمة على الولد؛ [لأنه فى معنى الفداء، وهو أولى به، فإن كان

معدمًا فعليه إذا أيسر. وقيل: لا شيء على الولد][1]؛ لأنها جناية أبيه فلا تتعلق به.

قال صاحب «التنبيهات»: إذا رجع عليه عند عدم الأب يقوم بغير مال؛ لئلا يخرج من ماله أكثر من ماله، وقاله جماعة.

وقال آخرون: يقوم بماله؛ لأنه قاعدة التقويم.

فرع: فى الكتاب: لو استحق الأمةَ عمُّ الولد أخذ قيمته؛ إذ لا عتق عليه، أو جده: فلا قيمة له؛ لعتقه عليه، ولا ولاء له؛ لتخلقه على الحرية، وإنما أخذت القيمة فيه بالسنة.

قال ابن يونس: قال محمد: ولاؤه لأبيه، ولو زوجه أبوه أمته عالما فالولاء لجده؛ لعتقه عليه؛ إذ لو كان الزوج أجنبيا لكان الولد رقيقا للسيد بخلاف ولد الغارة؛ فإنه حر فى الولد زالأجنبى.

وفى الكتاب: لو غرته أمة أبيه فلا قيمة له، وكذلك أمة الابن.

قال ابن يونس: قال سحنون فى أمة الابن: يغرم الأب قيمتها دون ولدها وتكون له أم ولد، والتزويج فيها ملغى، وأما أمة الأب الغارة للابن فهو كالأجنبى: لها صداق مثلها، ويأخذها[2] الأب ولا قيمة عليه فى الولد.

فرع: فى الكتاب: إذا غرت أمة الولد فلسيدها[3] قيمة الولد على رجاء عتقه بعتق أمه، فإن مات سيدها قبل القضاء فلا شىء للورثة؛ لعتقهم بالموت.

وإن قتل قبل الحكم فللأب دية الأحرار، وعليه الأقل مما أخذ، أو قيمتهم على الرجاء والخوف كما تقدم.

قال ابن يونس: وقيل: يغرم الأقل من المأخوذ أو قيمة الولد عبدا؛ لأن ولد أم الولد تأخذ قيمته عبدا. قال: وهو غلط؛ لأن الأب تلزمه القيمة على الرجاء والخوف تخفيفًا عنهم؛ لأنهم أحرار [بخلاف القاتل][4].

قال صاحب «التنبيهات»: قال ابن حبيب: لا قيمة لمن لم يبلغ العمل من ولد أم الولد؛ لأن تقويمهم يرجع إلى ما فات السيد من العمل.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ويأخذه.
(٣) فى أ: فلها.
(٤) سقط فى أ.

قال اللخمى: قيمته يوم ولد.

وقال مالك: إن كان صغيرا لا خدمة فيه فلا شيء فيه، وإلا غرم أجرته كل يوم، كلما كبر زاد الأب أجرته، وإن مات صغيرا فلا شى ء عليه، وإن استحق بعد أن صار رجلا فعليه الأجرة من يوم الاستحقاق.

قال مطرف: وإن مرض لم يكن عليه شى ء حتى يصح، وإذا لم تستحق الأم حتى مات السيد فلا شيء على الأب وتتفق الأقوال؛ لأن المراعى يوم الحكم، إلا قول المغيرة فى القيمة يوم الولادة؛ فلا تسقط بموت السيد ولا الولد. وعلى قول مالك فى أخذ الأجرة تقوم خدمة ولد المعتق إلى أجل.

وقال عبد الملك: يقوم عبدا لا عتق فيه كما لو قتلته[1] أمه.

فرع: فى الكتاب: فى ولد المدبرة القيمة على الرجاء والخوف فى عدم عتقهم، ثم أصل من عتق أم الولد، وقيمة ولد المكاتبة موقوفة، إن عجزت الأم أخذت، وإن أدت دفعت للأب؛ لظهور حريتها.

قال ابن يونس: قال محمد: فى ولد المدبرة قيمته رقيقا؛ لأن العتق فيه مقدم على التدبير؛ لأن من اشترى مدبرا فأعتقه جاهلا به لم يرد البائع ثمنه إن علم المشترى بتدبيره، وإن كانت غرة والقيمة المدفوعة فى ولد المكاتبة قيمة عبد. واستحب محمد تعجيل دفعها للسيد بحبسها فى الكتابة إن كانت أقل أو مساوية، وإن كانت أكثر لا يلزم الأب إلا الأقل من بقية الكتابة أو قيمة الولد؛ لأن كل ما ولدته المكاتبة دخل فى كتابتها، فكاتبها أحق بقيمة ولدها؛ كما لو قتل أو أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضا الأم؛ فيسقط عنها بما يخصه من الكتابة.

قال محمد: لو غصبت مكاتبته، فبيعت، فولدت عند المشترى - أخذها السيد وقيمة ولدها رقيقا.

وقال ابن القاسم: توقف القيمة كما تقدم.

قال محمد: بل يعطى[2] للأم فى الكتابة ولا يغرم الأب إلا الأقل؛ كما لو قتل السيد من ولدها بعد الكتابة: تحسب قيمته من آخر الكتابة.

---

(١) فى أ: قتلت.
(٢) فى أ: تعطى.

قال محمد: وعلى الأب قيمة ولد المبيعة إلى أجل، على أنه يعتق عند الأجل.

قال اللخمي: أرى[1] إذا كان الغرم يسقط إذا أدت المكاتبة، ويسقط إذا عجزت- ألا يعجل الغرامة بالشك إذا أمنت غيبته، أو أتى بحميل، وإلا دفعت للسيد إن كان مأمونا، وإن خيف وقفت على يد غيرهما، فإن أدت ردت للأب، وإن خيف عجزها وكان فى بعض القيمة وفاء: أخذ الفاضل[2] للأب وإلا دفعت للسيد.

فرع: فى الكتاب: ولد العبد المغرور رقيق لسيدها وقاله (ش)[3]؛ إذ لا بد من رقه مع أحد الأبوين.

وقال أبو الطاهر: وقيل: هو حر، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لأن الموجب لحرية ولد الأمة ظن حريته، وهو موجود فى حق العبد. قال أبو الطاهر: وحيث قلنا بالحرية لم تجد من تتبعه بالقيمة.

وفى الكتاب: لا قيمة له؛ لأنه رقيق فلم يفت.

قال ابن يونس: قال محمد: ويرجع العبد على من غره بالمهر، ثم لا يرجع من غره عليها، وإن لم يغره غيرها رجع عليها بالفضل عن صداق المثل؛ لأنه كان يتوهم حرية الولد بحريتها فبذل لذلك زيادة، وهذا إذا ظهر أنه بنى على الحرية، وإلا فلا رجوع، بخلاف الحر لا يشترط حريتها، ثم يظهر أنها أمة؛ لأن ظاهر حاله يمنع زواج الأمة بخلاف العبد.

السبب الثالث - العتق:

وفى الجواهر: إذا أعتقت تحت عبد فلها الخيار، وقاله الأئمة. فإن عتق بعضها بتلا أو كلها لكن بتدبير أو كتابة، أو صارت أم ولد - فلا؛ لأن سبب خيارها عدم اتصافها بالرق فلم يكن العبد كفئا لها، وإن عتقت تحت حر فلا، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لحصول المساواة، وأصله ما فى أبى داود: قال - عليه السلام -: «أَيُّمَا أَمَةٍ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ فَعَتَقَتْ فَهِىَ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَطَأْهَا زَوْجُهَا»[4]، وفى الموطأ: أن بريرة

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: والفاضل.

(٣) فى ط: ح.

(٤) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٦٥)، (٥/ ٣٧٨) من حديث الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه عن رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ ولم أجد الحديث فى سنن أبة داود بهذا اللفظ.

عتقت، فخيرها - عليه السلام - فاختارت نفسها، فقال لها - عليه السلام - «لَوْ رَاجَعْتِهِ»! فقالت: يا رسول الله، بأمر منك؟ فقال: «لَا، إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ»، فقالت: لا حاجة لى به.[١]

قال اللخمى: قال ابن عباس: كان زوجها عبدا يقال له: مغيث.

وقال الأسود: كان حرًّا.

قال البخارى: قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس: صحيح.

وقيل: لها الخيار مع الحر؛ لأن العلة كونها مجبورة على النكاح وتختار عند زوال الرق، فإن عتقت من طلاق رجعى فلها الخيار، قال: ولو قيل بمنعها من الطلاق إذا قال الزوج: أنا لا أرتجع، كان حسنا.

وينظر السلطان للصغيرة فى المصلحة، وكذلك السفيهة، إلّا أن تبادر لاختيار نفسها؛ لأن لها عصمة نفسها كالامتناع من النكاح ابتداء، ورضاها بالمقام لا يلزمها على قول ابن القاسم إذا لم يكن؛ نظرا لعدم اعتبار تصرفها، ويلزمها عند أشهب؛ لأنه ليس من باب المال[٢]، والسفيه يصح تصرفه فى العبادات وغيرها.

فرع: قال فلو رفعها الزوج عند العتق وقال: إما أن تختارينى أو الطلاق؟ فقالت: أنظر وأستشير - فالقول قولها، وقاله (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): خيارها يختص بمجلس العلم.

لنا: قوله - عليه السلام -: «فَهِىَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَطَأْهَا...»، الحديث المتقدم، واستُحْسِن أن تؤخر ثلاثة أيام.

فإن طال ذلك وطلبت بالنفقة عن الماضى لم يكن لها شىء؛ لمنعها نفسها.

فرع: قال فى [كتاب التمليك][٣] إذا قال: إن لم أبعك إلى السنة فأنت حرة، فقالت: إن خنت فقد اخترت نفسى - قال ابن القاسم: لا بد من الاستئناف؛ لأن التصرف الأول عدم وجود السبب: كإسقاط الشفعة قبل البيع، والقسم قبل التزويج، والإبراء قبل موت الموروث.

---

(١) تقدم.
(٢) فى أ: بيت المال.
(٣) فى أ: الكتاب: التملك.

وقال أصبغ: يلزم.

واتفقا إذا قال لامرأته: إن غبت عنك إلى سنة فأمرك بيدك، فقالت: إن فعلت فقد اخترت - أنه لازم.

فرع: فى الجواهر: إذا عتقت، ثم عتق الزوج بتلا قبل اختيارها - فلا خيار لها؛ لحصول المساواة.

فرع: قال: فإن اختارت قبل البناء فلا صداق لها، وقاله الأئمة، ويرده السيد؛ لأن الفسخ من قبلها، فإن كان معدما: فهل يسقط خيارها؛ لأن ثبوته يؤدى إلى إسقاطه ببطلان العتق به[1] من الصداق؟ أو يثبت ويباع فى الصداق؛ لوقوع ذلك تبعًا أو[2] يثبت ولا يباع؛ لأنه دين طارئ باختيارها فلا يرد العتق المتقدم عليه؟ ثلاثة أقوال، ولها المسمى بعد البناء. وقاله (ش) خلاف قوله فى العيوب بصداق المثل، ويتبعها كمالها إلا أن يكون السيد قبضه أو اشترطه.

فرع: قال: واختيارها طلاقٌ لا فسخ كالرد بالعيب والإعسار بالنفقة، وقال الأئمة: فسخ كالبيع.

قاعدة: شرع الله - تعالى - الأحكام، وشرع لكل حكم سببا لثبوته، وسببا لنفيه إذا ثبت، وشرع فى أسباب الأملاك البيع والهبة والوصية وغيرها، وجعل من جملة أسبابها حوزها من غير أمر زائد فى المباحات التى لم يتقدم فيها ملك، ولما شرع حوزها سببا لثبوت الملك شرع تركها والإعراض عنها سببا فى الانتفاء: كالمطروح من تافه الثمار، وسائر المتمولات والإقالة، على القول بأنها ليست بيعا؛ فإنها إبطال للملك بمجرد الإعراض، ولم يشرع الحوز سببا مستقلا فى النكاح لخطره وعظم رتبته، فكذلك لا يشرع الإعراض عنه سببا لعدمه؛ تسوية[3] بين البابين، بل لا بد من سبب شرعى غير الإعراض وهو الطلاق، فلا يبطل نكاح صحيح إلا بطلاق؛ لتحل للثانى يقينا.

قال: فإن مضت بأكثر من طلقة ففى لزوم الزائد؛ لأن الفراق بيدها كالزوج، أو الاقتصار على الواحدة؛ لحصول المقصود بها، والأصل عدم تصرفها فى الطلاق؟

(١) فى أ: بدين.

(٢) فى أ: وفى ط" إذ.

(٣) فى أ: لثبوته.

روايتان فى الكتاب، والأول رجع إليه مالك.

وفى الكتاب: الواحدة بائنة؛ لأن كل طلاق لا يندفع الضرر إلا به فهو بائن، إلا طلاق المعسر وما فى معناه.

وروى عنه: إن عتق له الرجعة كالمعسر.

قال: وفى الكتاب يحال بينهما حتى تختار؛ لتزلزل سبب الإباحة. وإن قالت: اخترت ولايته لها فهى طلقة بائنة؛ لتعينها بتعين سببها الذى هو العتق فلا تحتاج إلى نية. ولو بلغها العتق بعد زمان وهو يطؤها فلها الخيار عند العلم وبعده ما لم يطأ. وإن منعت نفسها سنة، وقالت: لم أسكت رضا - صدقت بغير يمين؛ كالتمليك.

فرع: فى الجواهر قال: يؤخر اختيارها عن زمن الحيض إن أعتقت فيه؛ لتحريم الطلاق فيه، فإن عتق قبل الطهر:

قال ابن القاسم: هى على خيارها.

قال اللخمى: لا خيار لها؛ لحصول التسوية، فلو اختارت فيه فعلى القول بأنها بائنة يمضى الطلاق، وقال بعض المتأخرين: وعلى القول بالرجعة ينبغى ألا يمضى؛ لأن حكم الرجعة أن يجبر الزوج على الرجعة إذا أوقع فى الحيض.

فرع: قال: يبطل خيارها بالتصريح بالإسقاط، أو بفعل ما يدل على الإسقاط كالتمكين من الوطء عالمة، فإن جهلت الحكم خاصة فالمشهور سقوط خيارها؛ لظاهر الحديث المتقدم، ولأن الأحكام تتبع أسبابها، وإن جهل المكلف، [وقاله ابن حنبل][1]، وخالف القاضى أبو الحسن؛ لأن العتق سبب خيارها فالأصل استصحاب حكمه.

فرع: قال: إذا أعتقت وهو غائب، فاختارت، ثم ثبت تقدم عتقه، فإن تزوجت أجراه بعض المتأخرين على الثلاثة الأقوال فى امرأة المفقود.

فرع: قال: فإن اختلف فى المسيس، وأنكرت الخلوة - فالقول قولها مع يمينها، وإلا فالقول قوله مع يمينه؛ عملا بالظاهر.

فإن تصادقا عليه واختلفا فى الإكراه، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدمه. فإن تصادقا على المسيس طوعا واختلفا فى العلم بالعتق، صدقت؛ لأن الأصل عدمه.

---

(١) سقط فى أ.

قال محمد: بغير يمين.

فرع: قال: فإن عتقت قبل البناء ولم يعلم إلا بعده، فلها الأكثر من المسمى وصداق المثل على أنها حرة، وإن كان العقد فاسدا فصداق حرة قولا واحدا، أو صحيحا وعلمت بالعتق والحكم: فالمسمى فقط قبل البناء وبعده.

* * *

الباب الثالث

فى التوابع

وهى ستة:

التابع الأول - تمييز الفسخ بطلاق أو بغيره:

وفى الكتاب: أكثر الرواة يقولون: كل نكاح للولى وأحد الزوجين أو غيرهما إمضاؤه وفسخه يفسخ بطلقة بائنة، ويتوارثان قبل الفسخ؛ لقبوله للصحة؛ كالمتزوجة بغير إذن وليها، فيطلقها الزوج أو يخالعها قبل الإجازة فينفذ ذلك. ويقولون: كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه كالشغار ونكاح المريض والمحرم، وفاسد الصداق أو عديمه وأدرك قبل البناء، وعقد المرأة على نفسها أو غيرها، أو العبد على غيره - يفسخ قبل البناء وبعده بغير طلاق، وكل ما فسخ بعده لهما فساده فى عقده، ففيه المسمى؛ لقوله ﷺ فى المتزوجة بغير ولى: «فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ»[1]، وكل ما فسخ قبل البناء فلا صداق فيه وترده إن قبضته؛ لأن حقيقة الفسخ رد كل واحد من العوضين لصاحبه.

قال ابن يونس: قال غيره فى المخالعة على مال: ترده؛ لأن للولى فسخه، كالمخالعة تطلع على عيب يوجب الرد: تمضى المخالعة، ويُرَد المال.

قال اللخمى: إذا زوج رجل أو امرأة بغير أمرها، وعلم بقرب العقد - كان بالخيار بالإجازة والرد، ويفسخ بغير طلاق؛ لعدم العقد، ولم يجد خلافًا.

قال ابن القاسم: والرد بالعيب طلاق.

وقال الأبهرى: ترد المجنونة والمجذومة بغير طلاق، كقول (ش) فى العيوب.

قال: وعلى هذا إذا كان العيب بالزوج يكون بغير طلاق، وإنما زاد الوكيل على ما قاله الموكل من الصداق ولم يرض. قال ابن القاسم: يفسخ بطلاق. وقال غيره بغير طلاق.

قال الأبهرى: نكاح العبد يفسخ بغير طلاق، وإذا كان الفساد فى العقد قيل: فيه صداق المثل استيفاء المنفعة بغير عقد شرعى.

وفى الجواهر: آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك: أن ما نص الله -تعالى

(١) تقدم.

- على منعه أو رسوله ﷺ، ولا يختلف فيه: يفسخ بغير طلاق، وكل ما اختلف الناس فى إجازته ورده فسخ بطلاق؛ لقبوله الصحة على قول، وقاله فى الكتاب وزاد: إن طلق قبل الفسخ لا يلزم، ولا يتوارثان.

فرع: فى الجواهر: وضابط ما يفسخ قبل البناء فقط: أن النكاح إن اتفق على فساده والمنع من الإقامة عليه، فسخ قبل وبعد، وإلا فالخلل إن كان فى العقد فسخ قبل، وفى فسخه بعد خلاف كنكاح المحرم والمريض، أو فى الصداق فثلاثة قوال: قبل، وبعد، ولا يفسخ مطلقا، والمشهور: قبل فقط.

فرع: فى الكتاب: الذى يفسخ مطلقا، يصح فيه اللعان ولحوق النسب فيه دون الظهار، إلا أن يريد: إن تزوجتك؛ لعدم الزوجية، ويلزم الإيلاء إن تزوجها كالأجنبية.

تمهيد: للشرع فى هذا الفصل مطلوبان: إبطال العقد المنهى عنه لما تضمنه من الفساد؛ فلذلك أمر بالفسخ، والحل للزوج الثانى؛ ولذلك شرع فى الفسخ الطلاق ليحصل اليقين بالحل، فحيث يمكن الفساد إما بتنصيص الشارع، أو بالمنع من اختيار الإمضاء، أو بالإجماع - ظهر؛ ليحل الثانى بدون الطلاق؛ فلا يشرع الطلاق لئلا ينقص الملك بغير فائدة، وحيث لم يتمكن الفساد - لوجود الخلاف، أو التمكن من الإمضاء - تعين الاحتياط ليحل؛ لوجود أمارة قبول العقد للصحة، فلا يضر نقصان الملك؛ لأن الزوج أدخل ذلك على نفسه، مع أن الاحتياط للأبضاع أولى من الأملاك، وكذلك تخصيص الفسخ قبل الدخول؛ نظرًا لخفة الفساد، فتأكد الصحة بالدخول لأجل الاطلاع على العورتين، وذهاب الحرمتين، وارتفاع الجنابتين من جهة الزوجين.

التابع الثانى - المتعة:

وهى - عندنا - مستحبة.

وقال الأئمة بوجوبها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]، وظاهر الأمر الوجوب.

ولأنها بدل عن نصف الصداق فى غير المفروض لها، والصداق واجب؛ فتجب.

والجواب عن الأول: أن قوله - تعالى - فيه: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [ليس في باب] الوجوب؛ لأن الواجب يعم المحسن وغيره، فلما خصصها دل على أنها من باب الإحسان، وهو الجواب عن الثاني، ويرد عليهما: تمسك بالمفهوم، وخصومنا تمسكوا بالمنطوق، وهو مقدم على المفهوم إجماعا.

وعن الثالث: لا نسلم أنها بدل عن الصداق، بل معروف مستأنف، سلمناه، لكن وجوب النصف دون انتفاع على خلاف الأصل؛ فلا تكثر مخالفته.

تفريع: في الجواهر: هي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه؛ لأن المختارة لا تحتاج جبرًا، وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لمجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمختلعة والملاعنة؛ لأنه مضاف إليها فلا تجبر منه في الفراق جبرًا؛ لأنه من جهة الشرع، وإنما يجبر الزوج ما كان من جهته، ولا للمجبرة إذا اختارت؛ لأنها غير منكسرة.

وروى: لها المتعة؛ لأن ابتداءه من الزوج، ولا للرجعية وإن ارتجعت؛ لأن الرجعة أتم من المتعة، وإلا فلها.

قال فضل بن سلمة: ومقتضاه: لأنها لا تتمتع حتى تنقضي العدة، ولو كانت بائنة فردها فلها المتعة؛ لأنها استحقتها قبل الرد. واستقر للَّخمي نفيها.

فرع: في الجواهر: مقدارها موكول إلى اختياره؛ لعدم الوجوب، ويستحب تقديرها بعسره ويسره؛ لقوله - تعالى -: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وفي الكتاب: على العبد المتعة دون النفقة، ولو خلا بها.

واختلفا في المسيس وقد طلقها: صدقت في الصداق دون المتعة، والصغيرة والأمة والذمية لهن المتعة.

فرع: قال صاحب التلخيص: واختلف في المطلقة قبل الدخول، ولم يسم لها، والتي طلقت بعد الدخول وقد سمى لها أم لا: أيهما آكد؟ ثلاثة أقوال:

قال مالك: هما في عدم الوجوب سواء.

وقيل: سواء في الوجوب.

وقيل: يختص الوجوب في التي لم يدخل بها ولم يسم لها؛ لأنها مورد النص، نقله هكذا بصيغة الوجوب.

فرع: قال: فإن بانت فهل تجب للورثة كسائر الحقوق؟

قيل: لا؛ لفوات إزالة ألم الطلاق.

التابع الثالث - الوليمة والمهر:

قال صاحب «الاستذكار»: الوليمة في اللغة: طعام العرس، والإملاك.

والإعذار: طعام الختان.

والنقيعة: طعام القادم من السفر.

والخُرْسُ: طعام النفاس.

والمأدبة: طعام الدعوى.

والوكيرة: طعام بناء الدار.

وقال غيره: والعقيقة لأجل الولد.

والحذاق: طعام الصبي عند حذاق القرآن جهده.

ثمانية أسماء للأطعمة في اللغة، وأصلها ما في مسلم: أنه ﷺ رأى على عبد الرحمن أَثَرَ صفرة فقال: «مَا هَذَا؟ قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّيَ تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً عَلَى وَزْنِ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، قَالَ: بَارَكَ اللهُ لَكَ، أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[1].

قال صاحب القبس: وهي أقلها مع القدرة، وإلا فبحسب الاستطاعة؛ لأنه ﷺ أولم على بعض نسائه بالخبز والتمر والأقط[2].

قال صاحب المنتقى: وهي يوم واحد؛ لأن الزيادة سرف.

وقال ابن حبيب: يولم ذو القدرة ثمانية أيام؛ لما فيه من إظهار النكاح والتوسعة على الناس، ويكره أن يقول: يتكرر على طعامي ثمانية أيام؛ لأنه مباهاة.

وقال (ش) وابن حنبل: تشرع أكثر من يوم، وتجب الإجابة للأول، وتستحب للثاني دون الثالث.

وفي الجواهر: يجعلها بعد البناء.

---

(١) من حديث أنس بن مالك أخرجه البخاري (٩/ ١٢٩) كتاب النكاح: باب كيف يدعى للمتزوج (٥١٥٥)، ومسلم (٢/ ١٠٤٢) كتاب النكاح: باب الصداق (٧٩/ ١٤٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤١) كتاب الأطعمة: باب في استحباب الوليمة عند النكاح (٣٧٤٤)، والترمذي (٣/ ٤٠٣) كتاب النكاح: باب ما جاء في الوليمة (١٠٩٥)، وابن ماجه (١/ ٦١٥) كتاب النكاح: باب الوليمة (١٩٠٩).

قال اللخمى: هى قبله وبعده واسع؛ فقد أولم ﷺ على صفية بعد البناء.

وإتيانها واجب؛ خيفة العداوة، وألا يهدون إن لم يحضرها من يشهد النكاح به، ومباح إن حضرها، وخالفه صاحب الجواهر.

قال: ويجب اتيانها على من دُعى إليها عند مالك والأئمة وأكثر العلماء؛ لما فى مسلم: قال ﷺ: «إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ إِلىَ الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا»(١).

وصفة ما تجب الإجابة: أن يعيّن الرجل الدعوة، فإن قال للرسول: ادع من تحب، لم تجب؛ لعدم التعيين. وهل يجب الأكل؟قال أبو الوليد: لم أر لأصحابنا فيه نصًا، ومسائل المذهب على القولين، وتقدم الوجوب. قال ابن حنبل: لقوله ﷺ فى الصحيح: «إِذَا دُعِى أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ أَكَلَ، وإِنْ شَاءَ تَرَكَ»(٢).

قال القاضى أبو الحسن: مذهبنا: استحباب الإجابة.

قال: ولا يحضر ذو الهيئة موضع اللهو، ويرجع المدعو إن وجد المنكر؛ لأن التحريم يقدم على الإيجاب؛ لأن المفاسد مقدمة الدفع على المصالح، وقاله (ش).

وقال (ح) وابن حنبل: يجب الحضور مع المنكر، وينهى عنه إن استطاع، فيطيع الله طاعتين، وإلا سقط عنه الخطاب به، ولأن الحق لا يترك لأجل الباطل.

قال أبو الحسن: ويلحق بالمنكر: فرش الحرير، أو تأذٍّ بحضور السفلة، أو الزحام، أو غلق الباب دونه، أو على جدار الدار صور أو ساتر، ولا بأس بصور الأشجار واللعب واللهو الخفيف.

قال صاحب البيان: اتفق أهل العلم على الدف، وهو الغربال فى الوليمة والعرس، وفى الكَبَرِ والِمزْهَر: ثلاثة أقوال:

قال ابن حبيب: هما كالغربال.

ومنع أصبغ.

والجواز لابن القاسم فى الكبر دون المزهر.

ولابن كنانة: إجازة البوق والزمارة التى لا تلهى فى العرس.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٤٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فى الوليمة (٤٩)، والبخارى (٩/ ١٤٨) كتاب النكاح: باب حق الوليمة (٥١٧٣)، وطرفه فى (٥١٧٩)، ومسلم (٢/ ١٠٥٢) كتاب النكاح: باب الأمر بإجابة الداعى (٩٦/ ١٤٢٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٠٥/ ١٤٣٠) من حديث جابر بن عبد الله.

واختلف فى جواز ما أجيز من ذلك، فالمشهور: هو إباحة، وقيل: كراهة، وقيل: يعم الجواز الرجال والنساء، وهوالمشهور، وخصصه أصبغ بالنساء.

قال ابن القاسم: ويستحب الرجز الخفيف، كقول جوارى الأنصار:

أتيناكم أتيناكم...... فحيونا نحييكم.

قال: ولا يعجبنى التصفيق، وقد قال ﷺ: «كُلُّ لَهْوٍ يَلْهُو بِهِ الْمُؤْمِنُ بَاطِلٌ إِلَّا ثَلَاثًا: مَلاعَبَةَ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ، وَتَأْدِيبَهُ فَرَسَهُ، وَرَمْيَهُ عَنْ قَوْسِهِ»[(١)].

وفى «التنبيهات»: الدف - بضم الدال -: هو المدور، بوجه واحد، وهو الغربال، والمربع من الوجهين هو المزهر، وليس بعربى، والمزهر عند العرب عود الغنا.

فرع: فى الجواهر: لا تترك الإجابة لأجل الصوم، بل يترك الأكل.

فرع: ويكره نثر السكر واللوز وشبهه، وقاله (ش) وابن حنبل، خلافًا لـ (ح) ؛ لأنه يقع نهبًا، وفى البخارى: قال ﷺ «لَا تَحِلُّ النُّهْبَةُ وَالْمُثْلَةُ»[(٢)].

فرع: قال اللخمى: كره مالك لأهل الفضائل إتيان طعام غير العرس، قال: وأراد: إن كان المدعو قريبًا أو صديقًا أو جارًا كان العرس وغيره سواء، وإلا كره غير العرس؛ لقوله ﷺ: «شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ، يُدْعَى إِلَيْهِ الْغَنِيُّ دُونَ الْفَقِيرِ»[(٣)]. وإذا أتى الرجل العظيم فلا بأس بعدم الأكل؛ لأن المقصود منه الشريف إلا أن يخشى الوحشة؛ لقوله ﷺ: «فَلْيَأْتِ، وَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيَطْعَمْ، وَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيُصَلِّ. أَىْ يَدْعُ»[(٤)].

---

(١) أخرجه الطبرانى فى الأوسط: عن أبى هريرة، كما فى مجمع الزوائد للهيثمى (٥/ ٢٧٢) وقال: وفيه سويد بن عبد العزيز، قال أحمد: متروك.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ١٤٢) فى المظالم: باب النُّهبى بغير إذن صاحبه (٢٤٧٤)، وفى (٩/ ٥٥٩) فى الذبائح والصيد: باب ما يكره من المثلة (٥٥١٦)، والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٢)، (٧/ ٢٨٧).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الموضع السابق (٥٠)، البخارى (٩/ ١٥٢) كتاب النكاح: باب من ترك الدعوة (٥١٧٧)، ومسلم (٢/ ١٠٥٤) كتاب النكاح: باب الأمر بإجابة الداعى (١١٠/ ١٤٣٢).

(٤) أخرجه مسلم (١٠٧/ ١٤٣٢)، وأحمد (٢/ ٢٧٩، ٤٨٩، ٥٠٧)، وأبو داود (٢٤٦٠)، والترمذى (٧٨٠).

التابع الرابع - القسم بين النساء، وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول - فيمن يستحق القسم.

قال الله - تعالى -: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النساء:١٢٩]، وقال - تعالى -: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩]، وفى الترمذى قال: قال ﷺ: «إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا، جَاءَ يَوْم الْقِيامَةِ وَشِقهُ سَاقِطٌ»(١). وفى الجواهر: من له امرأة واحدة لا يجب عليه المبيت عندها، ويستحب؛ لتحصينها.

وقال ابن حنبل: يجب لها فى كل أربع ليال ليلة؛ لأنه لو كان له أربع نسوة كان لها ذلك.

والفرق: أن ضرر إتيان الضرة منفى ههنا، ولو كان له أربع وترك الجميع جاز.

ولا يجب القسم بين السرارى؛ لعدم حقهن فى الوطء، ولا بينهن وبين الزوجات، والأولى كف الأذى، ويجب العدل بين الزوجات إجماعًا، وتستحقه المريضة، والرتقاء، والنفساء، والحائض، والمحرمة، والمُولَى عنها، والمظاهرة، وكل من لها عذر شرعى أو طبعى بحصول الاثنين، وقاله فى الكتاب وقاله الأئمة.

ولا تجب المباشرة، ولا حرج أن ينشط فى يوم واحدة دون الأخرى إلا أن يقصد الضرر [أو يكف] عنها [للذّته] فى [غيرها]، وفى البخارى: «كَانَ ﷺ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائه فَيَعْدِلُ وَيقُولُ: اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِى فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»(٢).

قال أبو الطاهر: الإتيان على أربعة أقسام:

جائز، وهو ميل القلب والمحبة. والانشاط إلى الحمل؛ لأنه لا يملك.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٢) كتاب النكاح: باب القسم بين النساء (٢١٣٣)، والترمذى (٣/ ٤٤٧) كتاب النكاح: باب ما جاء فى التسوية بين الضرائر (١١٤١)، وابن ماجه (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح: باب القسمة بين النساء (١٩٦٩)، والنسائى (٧/ ٦٣) كتاب عشرة النساء: باب ميل الرجل إلى بعض نسائه (٣٩٤٢)، وابن حبان، ذكره الهيثمى فى الموارد ص ٣١٧ كتاب النكاح: باب فى غيرة النساء (١٣٠٧) والدارمى (٢/ ١٤٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٢) كتاب النكاح: باب فى القسم (٢١٣٤)، والترمذى (٣/ ٤٤٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فى التسوية بين الضرائر (١١٤٠)، وابن ماجه (١/ ٦٣٤) كتاب النكاح: باب القسمة بين النساء (١٩٧١)، والنسائى فى الموضع السابق (٣٩٤٣)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٨٧) وصححه، وأقره الذهبى. وابن حبان الموضع السابق (١٣٠٥).

وكذلك بما يجب لها؛ لارتفاع منزلتها وتفضيلها بالمقدار الواجب بزيادة نفقة على الأخرى بما لا تستحقه مع توفيه الأخرى نفقتها، فيه قولان: الجواز؛ لأنه لم يَجُرْ، والمنع؛ لأنه ميل بما يملكه والأذية للأخرى.

والرابع: تنقيص إحداهما بما يجب لها، أو بترك الجماع قصدًا، ويترك للأخرى، وهو ممنوع إجماعا.

وفى الجواهر: يجب القسم على كل زوج مكلف، وعلى ولى المجنون أن يطوف به، وقاله الأئمة؛ لتحصيل الأنس.

وفى الكتاب: إذا كان المريض يقدر على القسم وجب ألا يجد لإقامته ما لم يكن... كما أقام ﷺ عند عائشة - رضى الله عنها - فى مرضه.

قال اللخمى: وقيل: إذا غلب المرض وإحداهن تصلح لتمريضه دون غيرها، تعينت، وإن تساوين فبالقرعة إلا أن يرضين؛ لما فى أبى داود «بَعَثَ ﷺ إِلَى نِسَائِهِ فِي الْمَرضِ، فَاجْتَمَعْنَ، فَقَالَ: إِنِّى لَا أَسْتَطِيعُ أَنْ أَدُورَ بَيْنَكُنَّ، فَإِنْ رَأَيْتُنَّ أَنْ تَأْذَنَّ لِيَ فَأَكُونَ عِنْدَ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - إِنْ فَعَلْتُنَّ، فَأَذِنَّ لَهُ»[1] والمشهور: يروى أنه ﷺ فعل ذلك تطييبًا لقلوبهن، لا أنه واجب عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا سافرت إحداهن مدة لم تحاسبه، ويبتدئ القسم؛ لأنها أسقطت حقوقها، وإذا أقام عند إحداهن مدة عن ذلك لم تحاسبه؛ لأن المقصود من القسم دفع الضرر الحاضر وتحصين المرأة، وهو يفوت بفوات زمانه، وكالعبد المعتق بعضُهُ لا يحاسبه بهذا الإباق، وقاله (ح). وقال (ش): يجب القضاء فيما ظلم فيه كسائر الحقوق. والفرق: أن الحقوق إنما وجب دفعها بعد زمان لحصول مصلحتها بعد زمانها، وههنا تفوت المصلحة لفوات الزمان؛ فلا مضى للقضاء.

وفى الجواهر: استقرأ اللخمى القضاء إذا أقام عند غيرها أكثر من نوبتها، من قوله فى السليمانية: إذا أقام عند إحداهن شهرين وهن أربع، وحلف ألا يطأها ستة أشهر حتى يوفى الباقيات - ليس بِمُولٍ؛ لأنه قصد العدل. قال أبو الطاهر: يحتمل أن يكون مراده الاستئناف دون المحاسبة؛ فلا يكون موليًا؛ لأنه لا يقصد الضرر.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا أغلقن الباب دونه ضررًا له؛ فله الذهاب إلى

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٧) عن عائشة.

الأخرى، وإن قدر على المبيت فى حجرتها فعل؛ لأنها وإن ظلمته فلم تسقط حقها.

قال أبو الطاهر: إن كان ظالما عليها لم يذهب لغيرها، وإن كانت ظالمة ذهب.

قال ابن يونس: ولها أن يشرب ويتوضأ من بيتها فى غير يومها، ويأكل من طعام يبعث به إليها من غير تعمُّل مَيْل، وقال: لا يأتى فى يومها إلا لحاجة أو عبادة، وله جعل ثيابه عند إحداهما ما لم يرد ضررًا أو ميلا.

فرع قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا قدم من سفره نهارًا أقامه عند أيهما شاء، ولا يحسبه، ويأتنف القسم؛ لأن المقصود الليل وقد ذهب.

قال: وأحب أن ينزل عند التى خرج من عندها، وقاله مالك وأصحابه. وإذا كانت ذات قدر جازت المفاضلة فى النفقة والأحسن التسوية؛ فقد كان لمعاذ بن حبل امرأتان يمتنع من شرب الماء من عندهما، وإنهما ماتتا فلم يدفنهما إلا بالقرعة.

فرع إذا رضيت بذاك أيامها، وآثرت بها غيرها على ألا يطلقها - جاز؛ لما فى مسلم: «إن سودة لما كبرت جعلت يومها منه ﷺ لعائشة - رضى الله عنها - فكان ﷺ يقسم لها يومين»(١)، ولها الرجوع متى شاءت فيما ذهبت، وقاله الأئمة.

قاعدة: كل حق تعين سببه نفذ التصرف فيه، ولو فقد شرطه: كدفع الزكاة قبل الحول؛ لتحقق السبب الذى هو النصاب، وإن فقد الشرط الذى هو الحول، والعفو عن القصاص والدية قبل الموت، والتكفير قبل الحنث، وغير ذلك، وههنا تحقق سبب استحقاق القسم وهو العصمة؛ فينبغى أن ينفذ التصرف، فيشكل أن لها الرجوع، والذى يمكن أن يقال: إن التصرفات تنقسم إلى النقل: كالهبة والبيع، والإسقاط: كالعتق والطلاق؛ فإن العبد إذا لم يملك نفسه بعد العتق لم ينتقل إليه ما كان للسيد، بل سقط، وكذلك الزوج. فقلنا: أن يجعل هذا من باب النقل بالهبة، والهبة إذا لم يتصل بها قبض لا تتم وإن كان سبب ملكه متحققًا، أما لو جعلناه من باب الإسقاط: فلا يتأتى الرجوع؛ لما تقدم من القاعدة فى إسقاط الدين وغيره.

ويرد عليه: أنه بالإسقاط أشبه؛ لأن الزوج لا يملك المطالبة بأن يوطئ كما كان

---

(١) أخرجه البخارى (٩/ ٢٢٣) كتاب النكاح: باب المرأة تهب يومها (٥٢١٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨٥) كتاب الرضاع: باب جواز هبتها نوبتها لضرتها (٤٧ - ١٤٦٣).

ذلك للمرأة. وأما إن دفعته لضرتها فليس إسقاطًا؛ لأنه لم يترتب على الضرة حتى يسقط بالهبة، لكن الهبة إذا كانت بشرط تجرى مجرى المعاوضة تتم بمجرد العقد، ولو سلم أن الشرط لا أنزله، لكن الواهب لا يتمكن من الرجوع فى الهبة، بل للموهوب له المطالبة والإلزام بالتسليم إذا أعرض الموهوب مع القدرة سقط حقه، وههنا لم تتمكن الضرة من استيفاء الموهوب؛ لكونه فى المستقبل فلا تستوفى إلا منه.

فرع: قال فى الجواهر: لا يلزمه قبول الهبة؛ لأن له حقًا فى الاستمتاع بالواهبة، فإن قيل: ليس للموهوبة الامتناع وإن وهبت من الزوج نفسه فله تخصيص بعضهن بالموهوب؛ قياسًا على ماله بالأصالة.

الفصل الثانى - فى زمان القسم:

وفى الكتاب: يوم بيوم لا أكثر، ويعدل فى المبيت، وقاله ابن حنبل، وقال (ش) و (ح): أقله ليلة، ويجوز إلى ثلاثة أيام لسرتها فى البيت للعروس؛ لما فى أبى داود: «كان ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض فى القسم فى مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ التى هو يومها فيبيت عندها»[1].

وفى الجواهر: له البداية بالليل أو بالنهار، وإنما عليه أن يكمل يومًا وليلة.

قال أبو الوليد: وأظهر أقوال أصحابنا: البداية بالليل؛ لأنه السابق على النهار فى اللغة المشهورة، ولا يزيد على الليلة إلا برضاهن ورضاه، أو يكنَّ فى بلاد متباعدة فيقسم الجمْعة والشهر على حسب الإمكان، ولا يُنَصِّص الليلة.

قال اللخمى: وأجاز ابن القصار أن يسبّع بغير رضاهن؛ اعتبارًا بالبكر العروس.

فرع قال اللخمى: اختلف فى بيعها اليوم وشبهه: فجوزه مالك فى الليلة، وكره غيرها، وحرمه (ح) وابن حنبل؛ لأنه عقد على جور، ولأن الاستمتاع لا يقابل بالعوض فى نظر الشرع، إلا فى عقد النكاح، أما أياما معلومة فلا.

قال صاحب البيان: شراء المرأة ليلة واحدة لصَاحبتها أشد كراهة من شراء الرجل ذلك منها؛ لأن المرأة قد يحصل مقصودها من الوطء تلك الليلة وقد يتعذر،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٥).

والرجل متمكن من الاستمتاع، والمدة الطويلة؛ فيكره منهما لكثرة الغرر.

قال اللخمى: وإن أذنت له أن يطأ الأخرى فى نوبتها جاز، وليس للأمة إسقاط يومها إلا بإذن سيدها؛ لحقه فى الولد، إلا أن يكون غير بالغ، أو هى حامل فيسقط حقها زمن الحمل.

الفصل الثالث - فى مقام القسم:

قال ابن يونس: قال مالك: ليس له جمعهن فى بيت واحد إلا برضاهن، ولا فى فراش وإن رضين؛ لما فيه من قلة المروءة، وكرهه فى الإماء، أو أن يتعرين بغير ثياب، وأن يطأ وفى البيت معه من يسمع حسه ولو كان الصبئ نائمًا، وكان ابن عمر- رضى الله عنهما - يخرج الصبى من المهد والبهيمة.

قال عبد الملك: وله فى أَمَتَيْهِ أن ينام معهما دون وطء.

قال مالك: وليأتهن ولا يأتينه؛ لفعله ﷺ ذلك إلا أن يرضَيْن. وقال (ش) وابن حنبل: عليهن أن يأتينه لتوفيته حقه.

قال ابن عبد الحكم: يقضى عليه بالذهاب وبالتفريق فى المساكن. قال اللخمى: منع مالك جمع الحرتين من غير وطء، وكرهه عبد الملك، وفى الإماء ثلاثة أقوال: المنع لمالك، والكراهة لغيره، والإباحة لابن حبيب. ولا فرق بين الحرائر والإماء فيما يتعلق بحق الله تعالى بل بحقهما، فإن رضيتا جاز، والمنع أصوب؛ لأنه يؤدى إلى وطء إحداهما بحضرة الأخرى.

الفصل الرابع - فى التفاضل، وله أسباب:

السبب الأول: تجدد النكاح

وفى الكتاب: إذا نكح بكرًا أقام عندها سبعًا، أو ثيبًا فثلاثًا؛ لما فى أبى داود (أنه ﷺ لَمَّا تَزَوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا، وَقَالَ: لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ، إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكِ، وَإِنْ سَبَّعْتُ لَكِ سَبَّعْتُ لِنِسَائِي وَإِنْ شِئْتِ ثَلَاثَةً ثُمَّ دُرْتُ)(١) وقال أنس فى الصحيح: من السنة: إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ثم قسم(٢).

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٢٢) من حديث أم سلمة.

(٢) أخرجه البخارى (٩/ ٢٢٤) كتاب النكاح: باب إذا تزوج البكر على الثيب (٥٢١٣)، وطرفه =

فائدة: قال صاحب المفهم والإكمال: قوله ﷺ: «ليس بك على أهلك» هوان.

المراد بالأهل: هو ﷺ لأن كل واحد من الزوجين أهل لصاحبه، ومعناه: لا أفعل بك فعلا يدل على هوانك عندى. قال ابن القاسم في الكتاب: وهو حق لها وليس للزوج، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لأنه ﷺ أضافه لها [باللام فى قوله: «لك»] المقتضية لملك، ويتأنف القسم.

وروى أشهب: حق الزوج؛ ليتمتع.

قال أشهب: لا يقضى به عليه كالمتعة. وقال ابن عبد الحكم: يقضى به كسائر الحقوق.

ووافقنا (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا يفضل الجديدة بشىء؛ لأن القديمة أولى بالتأنيس؛ لأنه أضرها بالجديدة، ولأنها أتم حرمة لسابق محبتها.

ويقال لذلك: لكل جديد لذة، ولكل قديم حرمة، والمراد بالجديد: التفضيل بالبداية دون الزيادة، ولما كانت الثيب مباشرة للرجال مستوحشة منه خاصة، اكتفى بالثلاث، والبكر المستوحشة مطلقًا استحب سبعًا.

قال محمد: ويبتدئ القسم بالتى كان عندها أو بغيرها، وقاله مالك فى القادم من السفر بإحداهن، فإن لم يكن له غيرها لم تلزمه الإقامة بكرًا كانت أو ثيبا.

وفى الجواهر: فيه خلاف، ونقل قولان بأن الإقامة حق لها، وفى وجوب الإقامة والاستحباب قولان.

فرع قال ابن يونس: قال مالك: ولا يتخلف العروس عن الجمعة والجماعات، وقيل: يتخلف عن الجماعات دون الجمعة؛ لأنها فرض.

قال اللخمى: والعادة اليوم: عدم الخروج للصلاة والحاجات، وأرى التزام العادة؛ لأن على المرأة معرة فى ذلك عند النساء.

فرع: قال اللخمى: إذا زفت إليه امرأتان فى ليلة أقرع بينهما، وعلى أحد قولى مالك: إن ذلك حق له يتخير، وإذا انقضت أيام البناء، أو صح المريض، أو قدم

= فى (٥٢١٤)، ومسلم (٢/ ١٠٨٤) كتاب الرضاع: باب قدر ما تستحقه البكر (٤٤ - ١٤٦١).

المسافر: هل يتبدئ بغير من كان عندها، أو يتخير، أو يقرع بين من عزلها؟ ثلاثة أقوال، قال: وأرى أن يبتدئ بغيرها ثم بالتى كان لها الحق قبل البناء أو المرض أو السفر، ثم يكون عند من كان عندها.

وفى الجواهر: تستوى فى الإقامة الحرة والأمة.

قال أبو الوليد: والصحيح: القضاء بالإقامة.

فرع فى الجواهر: لو التمست الثيب الزيادة منعت؛ لحق غيرها، وقال القاضى أبو الحسن: يكمل لها سبعًا إن اختارت، ويقضى للنساء سبعًا للحديث المتقدم؛ لأن اختيارها للسبع يبطل حقها من الثلاث.

السبب الثانى - الحرية

وفى الكتاب: المسلمات، والكتابيات، والحرائر، والإماء سواء فى القسم؛ لاستوائهن فى الطباع.

وفى (الجواهر): روى: للأمة ليلة، والحرة: ليلتان[1]، وقاله الأئمة؛ لقوله ﷺ: «لِلْحُرَّةِ ثُلُثَا الْقَسَمِ»[2] قال: ورجع إليه مالك؛ لأنها حقيرة عند نفسها فلا تجد من الألم ما تجده، فالأمة تجد من الألم ما لا تجده الحرة، ويؤيده خيار الحرة إذا تزوج عليها أمة.

وإذا فرعنا عليه فبدأ بالحرة، فعتقت الأمة قبل انقضاء ليلتها - أكمل ليلتين، أو بعد انقضائها لم يزدها وسوى بعد ذلك، وإن بدأ بها فعتقت قبل تمام نوبتها صارت كالحرة الأصلية، أو بعدها وفيت الحرة ليلتين؛ لأنه تمام حكم وقع فى الرق، ثم سوى بعد ذلك.

قال أبو الطاهر: إذا كان الزوج عبدًا فالمذهب كله على التسويه إلا عبد الملك؛ لرضا الحرة بمساواة الرقيق زوجًا.

الفصل الخامس - فى السفر بهن:

فى الكتاب: إذا سافر لحج أو غزو أو حاجة سافر بأيتهن شاء بغير قرعة إن كان

---

(١) أخرجه أبو نعيم فى المعرفة من حديث الأسود بن عويم، كما فى تلخيص الحبير (٣/ ٤٠٩)، وقال: وفى إسناده على بن قرين، وهو كذاب.

(٢) أخرجه البيهقى فى سننه (٧/ ٢٩٩) عن على موقوفًا، بلفظ: «إذا نكحت الحرة على الأمة، فلهذه الثلثان ولهذه الثلث».

غير ضرر ولا ميْل، فإن كانت القرعة ففى الغزو؛ لما فى مسلم: «كان ﷺ إذا أراد أن يخرج فى سفر أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»[(١)]، وكان ﷺ إنما يسافر للحج، ولأن حقهن يسقط بالسفر؛ فله أن يسافر ويتركهن، وقاله (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا بد من القرعة فى كل سفر؛ للحديث المتقدم.

قال: وإذا قدم ابتدأ ولا يقاص التى معه.

قال ابن يونس: وروى القرعة فى السفر كله، والفرق للمشهور: أن المشاحة تعظم فى سفر القربات.

وقال عبد الوهاب: إذا كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من تصلح سافر بها من غير قرعة، وإنما القرعة فى الحج والغزو حيث التساوى.

وفى الجواهر: ترك القرعة مطلقًا اختيار ابن القاسم.

فرع فى الكتاب: له المُسَافَرَةُ بها وإن كرهت. وإن قالت: حتى آخذ صداقى - وقد بنى بها - فله الخروج، وتتبعه به.

قال ابن يونس: قال مالك: وينظر إلى صلاحه وإحسانه إليها ولا يمكن من ضررها.

التابع الخامس - النفقة:

وأسبابها: النكاح، والقرابة، والملك.

السبب الأول - النكاح:

وفى الجواهر: هو موجب بشرط التمكن وبلوغ الزوج وإطاقة المرأة الوطء؛ لأن الذى عقد له الزوج لا يحصل منها البلوغ، والمقصود منها التمكين وهو حاصل دون البلوغ، وقيل: تلزمه النفقة والدخول إذا بلغ الوطء؛ قياسًا عليها.

قال الأبهرى: إذا دعوه للدخول فعليه النفقة، أوالنفقة دون الدخول فلا، وكذلك إن مرضت فعرضوها؛ لأن الامتناع من جهته.

---

(١) أخرجه الشافعى فى المسند (٢/ ٢٥ - ٢٦) (٧٨)، والبخارى (٥/ ٢٥٧) كتاب الهبة: باب هبة المرأة لغير زوجها، وأطرافه فى (٢٦٣٧ - ٣٦٦١ - ٢٦٨٨ - ٢٨٧٩ - ٤٠٢٥ - ٤١٤١ - ٤٦٩٠ - ٤٧٤٩ - ٤٧٥٠ - ٥٢١٢ - ٦٦٦٢ - ٧٣٦٩ - ٧٣٧٠ - ٧٥٠٠ - ٧٥٤٥)، ومسلم (٤/ ٢١٢٩) كتاب التوبة: باب فى حديث الإفك (٥٦ - ٢٧٧٠).

ووافقنا (ح) فى الصغيرة التى لا توطأ، وخالفنا (ش).

وأصل وجوبها: ما فى البخارى: قالت له ﷺ هند بنت عتبة: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل ممسك، وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم؟ فقال ﷺ: «خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[1] وفيه فصول:

الفصل الأول - فى أنواع الواجب، وهى ستة:

النوع الأول - الطعام: وفى الجواهر: يختلف باختلاف أحوال الزوجات والإنكاح والبلاد وعسر الزوج ويسره؛ لقوله - تعالى -: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق:٧]. قال ابن القاسم: رب رجل ضعيف وسعر غال، فالوسط من الشبع.

وقال مالك: المد. وقدره غيره مدا وثلثا.

وقال ابن القاسم: فى الشهر ويبة ونصف إلى ثلاث. قال ابن حبيب: والويبة[2] اثنان وعشرون مدًا بمده ﷺ. قال: وأرى بالقرطبى فى الشهر وسطًا، وهو أربعة وأربعون مدا.

قال محمد: قول ابن القاسم ليس عامًا، وقد تكفى الويبتان فى بعض الناس. قال: ومد مروان وسط الشبع فى الأمصار، وهو مد وثلث، ومده ﷺ وسط بالمدينة، ويفرض البر والشعير والذرة والتمر ونحوه، على عادة قوة الزوجين، وتقدم الطعام بالكيل، قاله (ش)، وقدر مدًا للمعسر ومدين للموسر ومدًا ونصفًا للمتوسط، وقال: لا يلزمها الأكل معه كقولنا.

وقال (ح): إذا تمكنت من الأكل من مائدته ليس لها مطالبته، ولا يفرض لها شيئا، وإلا فرض لها كفايتها فوق التقتير ودون السرف.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٧٣، ٤٧٤) فى كتاب البيوع: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم (٢٢١١)، وفى المظالم: باب قصاص المظلوم (٢٤٦٠)، وفى النفقات: باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها (٥٣٥٩)، وباب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه (٥٣٦٤)، وباب قوله - تعالى -: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ (٥٣٧٠)، وفى الأحكام: باب القضاء على الغائب (٧١٧٠)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) فى الأقضية: باب قضية هند (٧/ ١٧١٤)، وأبو داود (٣/ ٢٨٩) فى الإجارة: باب فى الرجل يأكل من مال ولده (٣٥٣٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) فى التجارات: باب ما للمرأة من مال زوجها (٢٢٩٣).

(٢) فى ط: والوتيد.

سؤال: تقدير الحب بالكيل مشكل لأمور:

أحدها: أنه لم يعهد فى السلف أنهم كانوا يصرفون لنسائهم الحب، بل ما جرت العادة به من خبز وغيره.

وثانيها: أنه يلزم أن يموت الإنسان ونفقة امرأته فى ذمته؛ لأن المعاوضة عليه[1] بماله.

وثالثها: لم يسمع عن أحد من السلف أنه عاوض امرأته، ولا أوصى عند موته بالنفقة، ولا حكم بها حاكم.

النوع الثانى - الإدام:

وفى الجواهر: وهو ما يناسبهما، ويفرض الخل والزيت للأكل، والوقيد والحطب واللحم فى بعض الأيام، والماء للشرب والغسل. قال محمد: ويجمع ثمن ذلك كله مع القمح، وقاله (ش) و (ح) ولكن المعتبر عند (ح) فى جميع النفقة حال الزوج دونها.

قال محمد، ولا يفرض العسل ولا التمر ولا الحالوم.

قال عبد الملك: ولا القطنية، ولا فاكهة خضراء ولا يابسة، بل ما لا غنى عنه بقدر الرجل والمرأة ويفرض مشط رأسها ودهنه، وقاله الأئمة، وإذا كان الإعسار بينا فلا أقل مما يعيش به كويتين بمصر وطبخهما وخبزهما ودريهمات لزيت وماء وحطب، والطبخة بعد الطبخة، وما لا بد منه.

قال مالك: ويزاد للمرضع ما يقوّيها على الرضاع.

النوع الثالث: نفقة الخادم. وقاله الأئمة لذات القدر عنه وفى الجواهر: ليس عليها خدمة بيتها ولا غزل ولا غيره، وغير ذات القدر ليس عليه إخدامها، أو عليها خدمة مثلها، فالشريفة بالأمر والنهى، والدنية مباشرة لفعل، فإن كانت العادة استقاء الماء فعليها؛ لأن العوائد كالشروط، وحيث أوجبنا عليه الخادم فليس عليه شراؤها، بل يكفيه استئجارها.

فرع: قال: لو أراد إبدال خادمها المألوفة منع نفيًا للضرر، ولزمه الإنفاق عليها.

فرع: قال: لوكانت هى وهو بحيث يخدمها خادمان فأكثر:

---

(١) زاد فى ط: السلام.

قال ابن القاسم: يفرض نفقة خادم واحدة، وقال - أيضًا: يعطى زكاة الفطر عن خادمين من خدم امرأته، إن كانت ذات قدر لا تكفيها واحدة.

قال أصبغ: لو كانت بنت ملك لزيدت إلى الخمسين. قال إسحاق بن إبراهيم: إنما يكون ما قال أصبغ إذا طالبها بما تكثر الخدمة فيه من أحوال الملوك. وأما المقصد فخادم واحدة؛ لأنها كفاية حاله.

فرع قال: لو كان لها خادم خيرت بين استخدامها ومطالبته بنفقتها، وبين مطالبته بخادم.

فرع قال: قال عبد الملك: للسلطان ضم نفقة الولد مع نفقة الأم إلا أن تضر به لفقره؛ فينفق على ولده لحدثه، فإن عجز سقط حق الولد بالعجز.

النوع الرابع - الكسوة:

وفى الجواهر: ما يناسب حاله وحالها، وقال بعضهم: قميص ووقاية على قدرهما فى الجودة والدناءة، وتزاد فى الشتاء ما يدفع البرد.

وقال ابن القاسم: عليه ما يصلح فى الشتاء والصيف من قميص، وجبة، وخمار، ومقنعة، ووسادة، وإزار وشبهه مما لا غنى عنه، والسرير عند الحاجة من العقارب والبراغيث، وإن كان مثلها يكسى القطن ومثله قادر عليه فرض.

قال أشهب: ومنهم من لو كساها الصوف أنصف، وأخرى لو كساها الصوف أدب.

قال مالك: ولا يلزمه الحرير ولو كان يسعه الحال. وأجراه ابن القاسم على ظاهره؛ لعدم الضرورة إليه، والواجب إنما يتعلق بما لا بد منه، وتأوله القاضى أبو الحسن فحمله على المدنية، وألزمه فى غيرها؛ لأن كل ما هو محتاج إليه أو ضرورى فرض، وما لا فلا، وكل ما يختص بالأغنياء وضرره خاص بهم فيه فقولان مبنيان على أنه ضرر أم لا.

وقال (ش): خمار وقميص، وسروال ومِكْعَب. . . فيه، ولا يجب الخف فى الصيف، ومثله فى الشتاء مع جبة وملحفة وشعار ومُضَرَّبة، ومخدة، ولبد، وحصير، والماعون.

وقال (ح): الكسوة على العادة الوسط، والمعتبر حاله دون حالها، ويفرض مرتين فى السنة، ولا تستحق الخف؛ لأنها مأمورة بالقرار فى بيتها، وتستحق

المكعب؛ للتصرف فى المنزل.

فرع فى الجواهر: قال عبد الملك: إذا كانت كسوتها من صداقها باقية لقرب عهد البناء فليس عليه كسوة، وله الاستمتاع به؛ لأنه العادة فى بذل الصداق، وإن طال الأمد وأخلقت الكسوة، أو كانت غير الصداق لقلته فعليه الكسوة. قال صاحب التلخيص: إذا كان عندها شوار أو شىء منه لا تجب الكسوة. ولم يفصل، ولم يحك خلافًا.

فرع فى الجواهر: يجدد ما أخلق من الكسوة.

فرع ولا يلزمه الكحل، والحناء، والصباغ، وقال محمد: عليه حناء رأسها.

قال أبو الوليد: ليس عليه من زينتها إلا ما يتضرر بتركه، كالكحل والمشط والدهن لمن اعتاد ذلك؛ لأن تركه مع العادة يفسد الشعر بخلاف الخضاب وغيره.

النوع الخامس – آلة التنظيف: فى الجواهر: قال ابن القاسم: ليس عليه مشط ولا مكحلة.

قال أبو الوليد: إنما أسقط المكحلة دون الكحل، وعلى هذا يلزمه ما تمشط دون الآلة، وأوجبها (ش).

فرع قال مالك: ولا تستحق الدواء للمرض. وقاله (ش) ؛ لأنه ليس من مصالحه، ولا أجرة الحجامة، وعليه أجرة القابلة؛ لأنه سبب الحمل عند أصبغ مطلقًا، ووافقه محمد إن كانت المنفعة للولد، أو لها فعليها، أو لهما فعليهما. قال أبو الوليد: والأظهر قول أصبغ.

النوع السادس: فى الجواهر: عليه إسكانها ما يليق بها، إما بعارية أو إجارة أو ملك، وقاله الأئمة، واعتبر حاله دون حالها.

الفصل الثانى – فى كيفية الإنفاق:

وفى الجواهر: أما الطعام فيجب دفعه، وفى دفع ثمنه خلاف معلل بامتناع بيع الطعام قبل قبضه، أو غير معلل فيمتنع، أو معلل بالعينة فيجوز؛ لعدمها بين الزوجين، ويدفع ثمن ما يطحنه ويصلحه.

قال صاحب التنبيهات: تردد بعض الشيوخ فى دفع الثمن عن الجميع ومنعه، وقال: هما سواء، ولا يجبر على دفع ثمن، وله دفعه إلا أن يمتنع من أخذ غير ما فرض؛ لمشقة الشراء.

فرع في الجواهر: لا يكلفها الأكل معه، وقاله (ش) ؛ قياسًا على الصداق، وإن نكلت سقطت نفقتها.

فرع قال: بلغت وفرض النفقة بالزمان على قدر ملاء الزوج.

قال في الكتاب: يفرض باليوم ويزاد بقدر الإشباع.

قال اللخمي: قال ابن القاسم: يجوز الفرض سنة. ومنعه سحنون؛ لاحتمال حوالة الأسواق، قال: وأرى توسعة المدة مع اليسار؛ لأن الفرض لا يكون إلا مع المقابحة؛ ففي تقليله ضرر عليها، وتفرض الكسوة والطعام والوطاء مرتين في الشتاء والصيف.

فرع قال اللخمي: لا يقبل قولها في عدم النفقة والكسوة إلا ببينة؛ لأن الأصل بقاؤها، وهي ضامنة عند محمد وابن القاسم.

وقيل: المصيبة من الزوج؛ قياسًا على الصداق الغائب إذا كان عينًا، ولأنه لولا كساها بغير حاكم لم يضمن، والقضاء لا يغير الأحكام.

قال صاحب التنبيهات: وظاهر قوله في نفقة ولدها مثله، فإن قامت بينة بالهلاك؛ فظاهر الكتاب: التضمين في نفقتها دون نفقة الولد؛ لأنها لم تقبضها لنفسها، بل مأخوذة بحق كالرهان. وخرج اللخمي سقوط الضمان عنها في نفسها عند البينة.

فرع قال اللخمي: إن كساها قبل وقت الفرض، قيل: حكم مضى كخطأ الخارص، وقال: لا، قال: وأرى أن ترجع إلى ما تبين؛ لأن هذا حقيقة، والأول ظن، ولأن الأمد لو انقضى وهي قائمة لا شيء عليه حتى تبلى.

فرع قال: إذا طلبت النفقة عند سفره فلها خمس حالات:

إن كانت في العصمة أعطاها نفقة السفر، أو حميلا بها.

أو مطلقة طلاقًا بائنًا أو رجعيا - وهي حامل - فعليه الأقل من بقية الحمل، أو مدة سفره.

أو غير حامل بائن، فلا نفقة لها، فإن طلبت حميلا خوف الحمل قال مالك: ليس لها ذلك؛ لأن الأصل عدمه.

وقال أصبغ: لها ذلك؛ لوجود مظنته بالوطء، قال: والأول أحسن إن كان قيامها بعد حيضة، وإلا أقام حميلا بأقل مدة الحمل أو السفر.

وإن كانت رجعية فعلى قول مالك: الأقل من مدة سفره أو انقضاء العدة، وعلى قول أصبغ: تراعى على مدة الحمل، وإن اتهم فى طول السفر حلف أنْ لا يقيمُ أكثر من ذلك، أو يقيم حميلا.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إن خشى طول سفره وخيض الحمل أقام حميلا أو يوقف. وفى الكتاب: وأما الحاضر فلا يطالب بكفيل على النفقة.

وقاله (ح)، وخالفنا فقال: لو استدانت ليس لها مطالبته؛ لأنها ليس لها عليه ولاية الاستدانة إلا أن يفرضها القاضى بولاية القاضى عليه فى ذلك وغيره، قال: ولا يفرض على الغائب؛ لعدم ولايته على الغائب، خلافًا لنا فى ذلك كله.

فرع: فى الكتاب: يباع على الغائب عرضه فى النفقة وربعه إن لم يكن له عين، ومنع (ح) بيع العرض.

قال اللخمى: إنما

هكذا ينتهى مخطوط خزانة ابن يوسف بمراكش مبتورًا

يليه الجزء الخامس، وأوله: كتاب البيوع

القسم الأول: اتحاد العين والصفة

كتاب البيوع

القسم الأول - اتحاد العين والصفة

وفيه اثنتا عشرة صورة؛ لأن الثمن الثانى إما مساوٍ للأول، أو أقل، أو أكثر، والبيع الثانى إما بنقد، أو إلى أجل، والأجل مساوٍ للأول، أو أقل، أو أكثر.

فتداخل ثلاثُ صور لتساوى الأحكام؛ لأن «أقرب من الأجل» كالنقد. ويمتنع من هذا القسم صورتان: أن يشترى نقدًا بأقل من الثمن، أو إلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن؛ حذرًا من سلف جر نفعًا، إلا أن يشترط المقاصة؛ فتجوز التسع صور. هذا المشهور.

وقال ابن محرز: القياس: المنع بالثمن، أو أقل منه، أو إلى أبعد من الأجل، وقد فاتت عند مشتريها؛ لأن مثل الثمن إلى أبعد من الأجل: سلفٌ من المشترى مائة مائة، وزاد الانتفاع بالسلعة. وبأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل: فما يرجع للمشترى سلفٌ، والزائد أجرة الإجارة، فمهما انتفع بالسلعة صار بيعًا وسلفًا. وكذلك «بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل»، تكون إجارة وسلفًا.

قال ابن القاسم: ولم أرَ منعه لأحد، وإنما تتغير صورة الحال عند العقد الثانى، غير أن أبا الفرج منع بالثمن أو أكثر منه إلى أبعد من الأجل.

قال ابن القاسم: ولا أعلم له وجهًا إلا الانتفاع بالبيع.

تمهيد: قال بعض الفقهاء المغاربة: ضابط هذا: إذا اتفق الأجلان فلا نظر إلى الثمنين، أو الثمنان: فلا نظر إلى الأجل. [وإن] واختلفا معًا، فإن زادا معًا أو نقصا معًا: امتنع، وإن نقص أحدهما وزاد الآخر: جاز.

القسم الثانى - اختلاف نوع الثمنين كذهب وفضة، والبيع بأكثر:

منعه أشهب؛ للتأخير والصرف، وجوزه فى الكتاب إن كثر المعجل جدًّا حتى يبعد من التهمة، واستقرأ اللخمى الجواز، وإن كان مثل الصرف؛ لأنه يحيين الصبر، ولم يعد إلى يده أكثر مما خرج.

القسم الثالث - استواء نوع الثمن وقدره مع اختلاف الصفة:

فإن تعجل الأفضل جاز على المشهور؛ لبعد التهمة، ويمتنع العكس لتعجيل الأدنى ليأخذ الأعلى. ولو تساوى الأجلان: امتنع؛ لامتناع المفاضلة، فهو بدل

ذهب بخلافه إلى أجل، وأقل إذا كان أجل الثانى أبعد.

القسم الرابع - الثمنان طعام:

ففى الجواهر: إذا اتحد النوع فالصور التسع يمتنع منها اثنتان نقدًا بأقل من الثمن أو إلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن. واختلف فى اثنتين بأكثر من الثمن نقدًا أو بأقل إلى أبعد من الأجل؛ نظرًا إلى الضمان يجعل ما يقصد أم لا، فإن اختلف نوع الطعام: فكاختلاف نوع العين.

القسم الخامس - الثمنان عرضان اتحد جنسهما:

والصور التسع: يمتنع اثنتان اتفاقًا، ويجوز خمس اتفاقًا، ويختلف فى اثنتين كما تقدم؛ لأن العرض كالطعام فى الضمان، وإن اختلف الجنس: جاز اتفاقًا؛ لعدم الربا فى العروض.

فرع: قال: إذا كان المبيع مثليًا، واسترده أو مثله - جاز بشرط مراعاة الثمن على ما تقدم، وإن استرد خلافه فهو بيع حادث أو من صفته، واختلفا فى الصفة أو من غير صنفه، كالشعير والسلت مع القمح، أو المحمولة مع السمراء: أجازه القرويون مطلقًا؛ للاختلاف بينهما، وإن اتفقا فى الصفة دون المقدار: فإذا تصورت منه الصور التسع كانت الزيادة والنقصان فى المردود كإياهما فى الثمن؛ فيمتنع ما تقدم.

قال فى الكتاب: طعام بثمن إلى أجل، ثم أخذ عند الأجل أقل من المكيلة بجميع الثمن: لا يعجبنى. وأجازه ابن القاسم.

قال عبد الحق: إنما يعتبر وجهان بأقل من الثمن نقدًا، كان البيع مثل ما باع أو أقل أو أكثر، أو اشترى أكثر من كيل الطعام أو أقل أو أكثر، ويجوز ما عدا ذلك.

قال أبو الطاهر: إنما تكلم على الشراء نقدًا، وأما إلى أبعد: يراعى كثرة الثمن أو كثرة الطعام، فيمتنع؛ لأن أقل من الثمن نقدًا كالأكثر إلى أبعد من الأجل.

فرع: قال: إذا استرد فى البيع الثانى من العرض المبيع، أجازه ابن القاسم كما خالف؛ لأن الغالب اختلاف الأغراض فى العروض، ورآه محمد كالعين، فإن استردها بعينها بعد التغير: هل تُعد كسلعة أخرى فيجوز؟ أو كالعين فيخرج على ما تقدم؟

فرع: قال: عبدانِ بمائة إلى سنة اشترى أحدهما بدينار، امتنع؛ لأنه باع دينارًا

وعبدا بمائة إلى سنة، وكذلك لو اشتراه بأقل من المائة نقدًا. ولو اشترط المقاصة جاز.

فرع: قال: حيث وقع الممنوع - إن أدركت السلعة بيد المشترى الثانى - فسخ البيع الثانى اتفاقًا، وخاصة عند ابن القاسم؛ لأنه الموجب للفساد والعقد عند عبد الملك، فاتت السلعة أم لا؛ لأن التوسل للفساد إنما حصل بالعقدين، إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة، وإنما وجداها تباع فاشتراها، فيفسخ الثانى فقط، فإن فاتت السلعة: فسخ العقدان على المشهور.

وقال ابن مسلمة: إن فات الآخر مضى بالثمن؛ مراعاة للخلاف. وقال ابن أبى زمنين: إن تضمن فسخ الثانى دفع قليل فى كثير، فسخا معا، وإلا فلا.

قال أبو الوليد: لو هلكت بيد المبتاع الثانى خاصة ويلبث[1] الأول، ولم أر فيه نصًا، فإن فاتت بيد الثانى وقبض الثمنين: فعلى قول محمد: يرد البائع الأول الزيادة، وإن لم يقبضا: تشاركا[2]. فإن قبض الأول:

قال محمد: يرد المبتاع الأول على البائع ما قبض منه.

قال أبو الوليد: ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا. قال: وعندى: ينبغى أن يكون معجلا، وإلى أقرب من الأجل فى الثمن الآخر.

قال صاحب المقدمات: الصحيح: فسخ العقدين؛ لقول عائشة - رضى الله عنها-: «بِئْسَ مَا شَرَيْتِ وَبِئْسَ مَا اشْتَرَيْتِ»[3].

وجوابه: أنه يروى: «بِئْسَ مَا شَرَيْتِ أَوْ بِئْسَ مَا اشْتَرَيْتِ»، وصيغة «أو» لأحدهما دون مجموعهما.

فرع: فى المقدمات: الفوات - عند سحنون - بحوالة الأسواق، وبالعيوب المفسدة عند التونسى وغيره من المتأخرين.

وفى الفسخ ثلاثة أقوال:

البيعتان عند التونسى: لا يفسخ الأول، ويصح الثانى بالقيمة - إن كانت أكثر من

---

(١) فى ط: لبث.
(٢) فى ط: شاركا.
(٣) أخرجه عبدالرزاق فى المصنف (٨/ ١٨٥) (١٤٨١٣)، والبيهقى فى السنن (٥/ ٣٣٠)، وانظر: نصب الراية للزيلعى (٤/ ١٥ - ١٦).

الثمن - وإلا قضى بالقيمة، وإذا حل الأجل أخذ الثمن؛ لعدم التهمة.

وإن كانت القيمة أقل: قضى بها وليس له عند الأجل؛ لئلا يدفع دنانير فى أكثر منها.

والثالث: إن كانت أقل: فَسْخُ البيعتين، أو أكثر: فسخت الثانية وقضى بالقيمة، ويأخذ الثمن عند الأجل. قاله عبد الحق؛ تأويلًا على ابن القاسم، وقاله سحنون أيضًا.

فرع: قال صاحب المقدمات: إذا اشتراها للأجل فالحكم يوجب المقاصة عند الأجل، وما لم يتقاصا: فالثمن لكل واحد منهما فى ذمة صاحبه، ولا يكون أحدهما أحق بما عليه من غرماء صاحبه، إن فلس عند الأجل، خلافًا لأشهب. فعلى رأى ابن القاسم: إن فلس المشترى الأول، تحاص غرماؤه مع المشترى الثانى بما عليه، وإن فلس الثانى كان الأول أحق بالسلعة، إلا أن يدفع الغرماء الثمن.

فرع: فى الكتاب: باع ثوبًا بمائة درهم إلى شهر، فلا يبعه بخمسين نقدًا، ويجوز بثوب أو بطعام نقدًا؛ لأن البيع الأول لغو؛ لرجوع الثوب، ويصير بيع الثوب الثانى أو الطعام بالدراهم. ولا يجوز إلى أجل دونه أو أقرب منه أو أبعد؛ لأنه دين فى دين. ولو بعت بعشرة محمدية إلى شهر، فلا تبتع بعشرة يزيدية إلى ذلك الشهر؛ لأنه بيع محمدية بيزيدية إلى أجل.

قال ابن يونس: فلو كانت يزيدية إلى أجل ابتاعه بمحمدية نقدًا: جاز؛ لأنها أجود، كما لو باع بأكثر من الثمن نقدًا، والعكس ممتنع.

فرع: فى الكتاب: عبدان بعشرة إلى أجل لا يبتاع أحدهما بأقل نقدًا، يمتنع؛ لأنه بيع وسلف، ويجوز قصاصًا، وبعشرة نقدًا؛ لأنه بيع وسلف، وفضة وسلعة بفضة، وثوب بعشرة محمدية إلى شهر: يمتنع بخمسة يزيدية إلى شهر وثوب نقدًا؛ لأن الثوب لغو، ويصير الثانى بخمسة على أن يبدل لك عند الأجل خمسة بخمسة من سَكة أخرى، ويمتنع ابتياعه بثوب أو ثوبين - من صنفه - إلى أبعد من الأجل أو أقرب؛ لأنه دين بدين، والثوب لغو. وثوب بدراهم إلى شهر: يمتنع بدينار نقدًا؛ لأنه صرف مستأخر، ويجوز بعشرة من دينار نقدًا؛ لنفى التهمة، ولا يعجبنى بذهب يساوى فى الصرف ذلك، ويمتنع بثوب ودينار نقدًا؛ لأنه عرض وذهب بفضة مؤخرة، ولا تعجبنى بعرض وفلوس؛ لأنه فلوس بدراهم إلى أجل.

فرع: فى الكتاب: إردب طعام بدينار إلى أجل: ممتنع شراؤك من صنفه إردبين بدينار نقدًا؛ لأنه رد إليك طعامك وزادك إردبًا على أن تسلفه دينارًا. ويمتنع من الصنف مثل الكيل أو أقل بأقل من الثمن نقدًا؛ لأنه فى مثل الكيل: سلف بنفع، وفى الأقل: بيع وسلف، وبمثل الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدًا: يجوز؛ لانتفاء التهمة، وكذلك كل موزون ومكيل فى هذا.

قال ابن يونس: معنى الصنف ههنا: محمولة من محمولة، أما سمراء أو شعير من محمولة: فلا تهمة.

وفى التنبيهات: وقيل: أراد جنسه.

وفى الكتاب: لو كان مكان الطعام ثوبًا، جاز صنفه قبل الأجل بأقل من الثمن أو أكثر، نقدًا أو إلى أجل؛ لأن مستهلك الثوب عليه القيمة بخلاف المثليات.

فرع: فى الكتاب: عبدان أو ثوبان بثمن إلى أجل تجوز الإقالة من أحدهما، وإن غاب عليهما، ما لم يتعجل ثمن الآخر، أو يؤخره أبعد من الأجل؛ لأنه سلف لأجل الإقالة، ولو كان طعامًا: امتنعت الإقالة من بعضه إذا غاب عليه، حل الأجل أم لا؛ لاحتمال تبديله، فيصير طعامًا بطعام وفضة، وإن لم يغب أو شهدت على غيبته بينة: جاز، ما لم ينقدك الآن ثمن باقيه، أو يعجله لك قبل محله؛ لأنه عجل ذهبًا على أن يبيعه، ولأنه طعام وذهب نقدًا بذهب مؤجل.

فرع: فى الكتاب: فرس أسلم فى عشرة أثواب إلى أجل، فأعطاك خمسة قبل الأجل مع الفرس أو مع سلعة سواه، على أن تبرئه من بقية الثياب: لم يجز؛ لأنه بيع وسلف، وضع وتعجل؛ لأن المعجل سلف، والفرس أو السلعة بيع للخمسة الثانية، ولو كانت قيمة السلعة المعجلة أضعاف قيمة الثياب المؤخرة. لم يجز؛ لامتناع سلم ثوب وسلعة أكثر ثمنًا منه فى ثوبين من صنفه.

قال ربيعة: ما لا يجوز سلم بعضه فى بعض، [لا يؤخذ قضاءً، منعه (ش)][(1)]، يلزم: ضع وتعجل، إذا كانت قيمة الفرس أو السلعة أقل.

قال: وهو ضعيف، ويلزم عليه المنع إذا لم يقاربه سلف كدفع السلعة أو الفرس، وهما أقل قيمة من العشرة الأثواب، ولا يختلف المذهب فى جوازه، وإنما يكون:

(١) فى ط: لا يؤخر قصا [...] منه.

ضع وتعجل، إذا حط من صنف ما عليه ويعجل باقيه. وإذا قلنا بالمنع ونزل: فلا يفسخ إلا العقد الثانى فى مسألة الفرس، قولا واحدًا، بخلاف إذا اشترى قبل الأجل بأقل من الثمن، فخلاف؛ لدخول التهمة فى العقدين، بخلاف الفرس. فإن فات الفرس: فالقيمة يوم القبض بقبضه فى بيع فاسد، وفى العبدين: بثمن إلى أجل، ويشترى أحدهما بشرط تعجيل ثمن الآخر. وإذا نزل وفات العبد المقبوض: لا يحكم فيه بالقيمة؛ لأنها إن عجلت وهى عين، يرجع عند الأجل بعين أكثر منها، ومسألة الفرس: يرجع عند الأجل بثياب؛ فلا فساد. ولو أخذ فرسًا مثل فرسه مع الخمسة الأثواب: ففى فسخ العقد الأول قولان؛ لاتهامهما فى سلف بزيادة؛ لأنه دفع فرسًا وأخذ بعد ذلك فرسًا وخمسة أثواب، ولو أخذ الفرس بخمسة من العشرة: جاز، قولًا واحدًا.

قال ابن يونس: لو دفع قبل الأجل أحد عشر ثوبًا من جنسها وأعطى خمسة مع الفرس، أو سلعة وأبقى الخمسة إلى أجلها: امتنع، وحيث منعنا وعجل الثياب مع الفرس، وفاتتِ الثياب بالقيمة، وإن جعلناها سلفًا؛ لأن السلف الفاسد يرد إلى البيع الفاسد، فيجب فى المثلىّ[1] المثل، وفى غيره القيمة.

قال أبو الطاهر: إذا كانت قيمة الفرس أقل من الخمسة، دخله: ضع وتعجل. أو أكثر، دخله: حُطَّ عنى الضمان وأزيدك، ويدخله بيع وسلف؛ لأن الفرس المردود مبيع بالخمسة، والخمسة المعجلة سلف حتى يأخذها من ذمته عند الأجل.

وفى هذا الأصل قولان: المشهور: هذا، وجوزه المتأخرون؛ لأن الذمة قد برئت ولا سلف؛ لأنه لو كان سلفًا لوجب أخذه فى الفَلَس، ويحاص فيه غرماؤه، ويدخله: حط عنى الضمان وأزيدك، إن قصد أن الزيادة لحط الضمان، لكن الغالب من الناس خلافه.

وإذا عجل الخمسة ففى الكتاب: المنع، وفى كتاب محمد: الجواز. وإن أخرت عن أجلها: امتنع اتفاقًا؛ لحصول البيع فى المردود والسلف فى المؤخر، وحيث منعنا ففات المبيع: مضى بالقيمة، وهل يمضى السلف بالقيمة أو المثل؟ قولان على الاختلاف فى السلف الفاسد: هل يقضى فيه بالقيمة أو المثل؟ على الخلاف فى كل

(١) فى ط: المثل.

مستثنى من أصل إذا فسد: هل يرد إلى أصل نفسه، أو أصل أصله؟ كالقراض أو المساقاة والجعالة[١]؟

فرع: فى الكتاب: قال ربيعة: حمار بعشرة دنانير إلى أجل، ثم أَقَلْته على تعجيل دينار، أو بعته بنقد، فأقلته على زيادة دينار تؤخره به - يمتنع؛ لأن المعجل سلف، كالأثواب مع الفرس، والدينار سلف والحمار مبيع بتسعة، فإن كانت قيمته أقل من تسعة فهو: ضع وتعجل، أو أكثر فهو: حط عنى الضمان وأزيدك، ويدخله: حمار ودينار بعشرة مؤجلة، فهو صرف مستأخر، وغير متماثل، وبيع وصرف.

قال سند: وإذا منعنا على المشهور ووقع: لا تخيير فى رد الابتداء كما قلنا؛ لأن قوة العلة - ثمة - البيع والسلف، وإذا رد السلف: صح البيع [illegible] هنا: بيع وصرف، ولو زاده الدينار إلى الأجل بعينه: جاز، وكأن الحمار مبيع بتسعة من غير تهمة، قاله ابن القاسم، وأشهب، إلا أن تكون الزيادة ذهبًا مخالفًا لذهب الثمن؛ لامتناع المقاصة، بل ذهب مؤجل، وسلعة بذهب إلى أجل، وكذلك منع زيادة ذهب نقدًا، وإلى أبعد من الأجل وأقرب منه، ويجوز للأجل فى مثل العين فى الجودة؛ لأنه يكون مقاصة.

قال مالك فى المدونة: إن زاده[٢] من غير النقدين نقدًا من غير نوع الثمن: جاز، ومؤجلا: يمتنع، فإن زاد البائع من النقدين أو عرضًا نقدًا إلى أقرب من الأجل، أو أبعد منه: جاز، إلا أن يكون العرض من صنف ما استقال منه، فلا يجوز تأخيره؛ لأن الزيادة من البائع لا يأخذ فى مقابلها إلا الحمار، فهو بيع الحمار بالمعجل، بالدين المؤجل: فيجوز. فإن كانت الزيادة من الجنس فكأن المشترى أقرض البائع الدابة أو العرض على أن زاده الدينار الذى عنده. ولو زاده المبتاع دينارًا - كان له على البائع - فأسقطه: أجازه ابن القاسم، وكأنه قضاه ذلك من الثمن، ووهبه السلعة، وذلك إذا تكافأ المالان، وكذلك لو كان الدين أكثر من الثمن ولم يعجله ذهبًا وسلعة بذهب إلى أجل؛ لبعد القصد لذلك، وهو ممنوع على أصل ابن نافع؛ لمنعه المقاصة فى الدينين، إلا أن يحل أحد الأجلين. ولو زاد المبتاع مكان الدينار

---

(١) فى ط: الحمالة.

(٢) فى ط: زاد.

ورقًا: امتنع أيضًا؛ لأنه صرف مستأخر، أو عرضا دخله الدين بالدين، أو بزيادة دينار نقدًا، أو دينارين أو أكثر من الثمن: جاز عند ابن القاسم وأشهب. ولو زاده الورق نقدًا أقل من صرف دينار: أجازه ابن القاسم، وهو على الخلاف فى اجتماع البيع والصرف، ولو زاده عرضًا نقدًا أجازه، وكأنه باعه بالعشرة دنانير حمارًا وعرضا، وتجوز الزيادة من البائع مطلقا إلا عرضا من جنس ما استرجع مؤجلا؛ لأنه سلم الشىء فى مثله بزيادة، ولو نقد المبتاع العشرة وتقايلا على أن زاد المبتاع عرضًا أو عينًا إلى أجل: جاز؛ لأنه يترك العشرة والدابة، ويزيده زيادة إلى أجل، ولو كانت الزيادة من البائع إلى أجل: جاز إلا أن يكون بثمن أقل، وضبط بعضهم هذه الإقالات بقوله:

إذا استقالك مبتاع إلى أجل	وزاد نقدًا فخذه ولا تسل
حاشا من الذهب المُرْجَى إلى أجل	إلا إلى ذلك الميقات والأجل
وزده أنت من الأشياء أجمعها	ما شئت نقدًا ومضمونًا إلى أجل
مع الرقاب فلا تردد فإن لها	حكمًا من الصرف فى التعجيل والأجل
ما لم يكن صنفُ ما استرجعت تدفعه	إلى زمان ولا بأسا على عجل

قال ابن يونس: لو حل الأجل جاز أن يزيد المبتاع دنانير ودراهم وعرضا - إذا كانت الدراهم كالعشرة ونحوها؛ لئلا يدخله بيع وصرف - ولو زاده شيئًا من ذلك: امتنع؛ لأنه فسخ فى دين، وهذه المسألة مشهورة فى المذهب بحمار ربيعة، والتى قبلها بفرس ابن القاسم.

قال العبدى فى نظائره: الإقالة ثلاثة أقسام: تجوز مع رد رأس المال عينًا كان أو عرضًا، وتمتنع من أكثر منه عينًا كان أو عرضًا، وتجوز مع الأجل فى الدراهم والعروض - عند ابن القاسم - دون الطعام، خلافًا لأشهب فى تجويز الجميع، ومنع عبد العزيز فى الجميع، والفرق عند ابن القاسم: أن الطعام فيه الضمان والتفاضل، وليس فى الدراهم ضمان؛ فذهب جزء العلة.

فرع: فى الكتاب: ذكره فى كتاب الخيار: عبدان بثمن إلى أجل على رد أحدهما عند الأجل بنصف الثمن على ما هو عليه - يومئذ - من نماء أو نقص، يجوز؛ لأنه بيع وإجارة فى المردود، بخلاف ما لا يعرف بعينه: لا تجوز إجارته.

فرع: قال صاحب البيان: من ابتاع طعامًا بثمن إلى أجل، تقايلا قبل الكيل:

امتنعت الزيادة من أحدهما لصاحبه؛ لأنه بيع طعام قبل قبضه، إلا أن يستقيل المبتاع بزيادة مثل الثمن إلى ذلك الأجل؛ لأنه يؤدى الثمن ويهب الطعام، وبعد الكيل، وقبل القبض فى الطعام أو الثمن أو شىء منهما: فتجوز الزيادة من الطرفين إلا أن تكون الزيادة من الطعام المستقال منه، ويجوز من غير صنفه إذا كانت الزيادة نقدًا. أو الثمن مؤجلًا: فقولان: الجواز محلا الذمم، والمنع. وأما بعد قبض الطعام أو بعضه: فتمتنع الإقالة فى جميعه، على أن يزيد المبتاع البائع شيئًا؛ لأنه سلف بزيادة لأجل العينة، وكذلك إذا قبض البائع الثمن أو بعضه: فتمتنع الإقالة على أن يزيد البائع المبتاع لرده الثمن بعد أن ينتفع به، فيكون سلفًا بزيادة، فإن كان البيع أصله نقدًا: جازت الإقالة بغير تهمة، والمكيل والموزون والطعام فى هذا كله.

وبقية فروع الإقالة تأتى بعد هذا فى بيع الطعام قبل قبضه، وفى كتاب السلم.

فرع: فى الكتاب: لا يجوز أن يشترى عبدك المأذون مبيعك - قبل الأجل - بأقل من الثمن نقدًا إن اتجر بمالك؛ لأنه بمنزلتك. أو بمال نفسه: جاز، وكذلك لا يعجبنى أن تبتاعها لابنك الصغير أو لأجنبى بالوكالة بأقل من الثمن نقدًا. ولا تبعها لمشتريها بالوكالة إلا بما يجوز لك أنت، وكذلك شراء ما باعه عبدك إن كان يتجر لك؛ لأن ذلك كله من ذريعة الذريعة.

قال سند: قال أشهب: يمتنع شراء العبد مبيعك وإن كان يتجر بماله؛ لإمكان الانتزاع، ولا يفسخ إن وقع، ومنع أشهب فسخ شرائك لابنك الصغير. وإن اشترى وكيلُك مبيعَك إلى أجل بغير علمك بما يمتنع، قال ابن القاسم: يفسخ؛ لأن يدك يد وكيلك، ويجوز شراؤك مبيع عاملك فى القراض إلى أجل بدون الثمن؛ لأنك ليس لك منعه من التصرف، بخلاف عبدك ووكيلك.

فرع: فى الكتاب: لا تأخذ ببعض الثمن سلعة على أن تؤخره ببقيته؛ لأنه بيع وسلف، ويجوز تأخيره بغير شرط.

فرع: فى المقدمات: من باع بنقد، أو اشترى به أو بدين، أو باع بدينٍ واشترى به، أو بنقد وغاب على النقد: فإن أرجع للمخرِج مثل ما أخرج أو أقل أو اكثر، امتنع إن كانا من أهل العينة[1] أو أحدهما، وإلا جاز إن كان العقد الأول بالنقد؛

(١) فى ط: الغيبة.

لأنهم يتهمون فى التوسل للربا فى النقدين والسلف بالزيادة.

فصل: فى المقدمات: يتهم أهل العينة فيما لا يتهم فيه غيرهم؛ لعادتهم بالمكروه.

والعينة ثلاثة أقسام: جائزة، ومكروهة، ومحظورة.

القسم الأول: أن يقول الرجل للرجل من أهل العينة: هل عندك سلعة كذا أشتريها؟ فيقول: لا، وينفصلا عن غير مواعدة، فيشترى تلك السلعة ويبيعها منه نقدًا أو نسيئة.

القسم الثانى: المكروه، أن يقول: اشترِ لى كذا وأربحك فيه، من غير تقدير الربح.

القسم الثالث: أن يقول: الربح والثمن، وفيه فروع:

الأول: اشترها لى بعشرة نقدًا، وأشتريها منك باثنى عشر نقدًا، فهو أجير بدينارين، فإن كان النقدان أحدهما بغير شرط: جاز، أو من المأمور بشرط: امتنع؛ لأنها إجارة بشرط سلف الثمن، ويكون له أجرة مثله، إلا أن تزيد على الدينارين؛ لأنه رضى بهما - على رأى ابن القاسم - فى البيع والسلف من البائع، وفاتت السلعة، وعلى رأى ابن حبيب: يهب أن له القيمة ما بلغت، تكون له الأجرة ما بلغت.

قال: والأصح ألا تكون له الأجرة؛ لئلا يكون ثمنًا للسلف وتتميمًا للربا، فتكون ثلاثة أقوال. هذا إذا عثر على ذلك قبل انتفاع الآمر، وإلا فقولان: الأجرة ما بلغت لا شىء له، ولو عثر على ذلك قبل أن ينقد المأمور كان النقد من عند الآمر، وفيما يكون للأجير قولان، فالأجرة ما بلغت الأقل من الأجرة أو الدينارين، وابن حبيب[1] يرى إن نقد المأمور فقد تم الحرام، وإن لم يمض من المدة ما ينتفع الآمر فيها، وتكون له الأجرة ما بلغت.

الثانى: يقول: اشترِ بعشرة نقدًا، وأنا أبتاعها منك باثنى عشر إلى أجل، فهو سلف بزيادة، وتلزم السلعة الآمر؛ لأن الشراء كان له، ويعطى العشرة نقدًا، وتسقط الزيادة، وله أجرة مثله ما بلغت فى قول، والأقل منها ومن الدينارين فى قول،

---

(١) فى ط: الحبيب.

ولا شيء له في قول.

قال في سماع سحنون: إن لم تفت السلعة فسخ البيع.

قال: وهو بعيد، وقيل: معناه: إذا علم البائع بعلمهما.

الثالث: اشترِ لي باثني عشر إلى أجل، وأبتاعها بعشرة نقدًا، فيكون المأمور أجيرًا على أن يسلفه الآمر عشرة، وتكون له الأجرة - ما بلغت - ههنا اتفاقًا.

الرابع: اشتر لنفسك نقدًا وأشتريها منك باثني عشر نقدًا، أجازه مالك[1] - مرة - إن كانت البيعتان بالنقد، وانتقد لعدم السلف، وكرهه - مرة - للتغرير بالسلعة قبل أن تصير في ملك المأمور.

الخامس: اشترِ لنفسك بعشرة نقدًا، وأشتريها باثني عشر إلى أجل - فهو حرام، فإن وقع، فَعَن مالك: يلزم الآمر الشراء باثني عشر إلى الأجل؛ لأن المشتري كان ضامنًا لها، ولو أراد الآمر تركها: كان له ذلك، واستحب ألا يأخذ المأمور إلا ما نقد، وقال ابن حبيب: يفسخ البيع الثاني إن كانت السلعة قائمة، ويرد المأمور، فإن فاتت: ردت إلى قيمتها معجلة يوم يقبضها الآمر، كالبيع الفاسد؛ لأن المواطأة قبل الشراء بيع ما ليس عندك، المنهي عنه.

السادس: اشترِ لنفسك باثني عشر إلى أجل، وأبتاعها بعشرة نقدًا، فلا يرد البيع إن فات عند ابن القاسم، ولا يكون على الآمر إلا العشرة. ويفسخ البيع الثاني - عند ابن حبيب - كالبيع الحرام؛ للمواطأة المتقدمة، فإن فاتت: فقيمتها يوم قبض الثاني، وظاهر قول ابن القاسم: يفسخ ما لم تفت السلعة.

السابع: في الجواهر: يشتري من أحدهم بعشرة نقدًا، أو بعشرة إلى أجل: فيمتنع منهم - خاصة - كأنه اشتراها يبيع منها بعشرة يدفعها، ويبيع الباقي ينتفع بثمنه الآن، ويدفع عنه الثمن المؤجل، والغالب أنها لا تساوي العشرين؛ فيكون ذهبا في أكثر منه.

الثامن: قال: أن يكون متهمًا في الشراء للبيع دون الأجل، فيشتري طعامًا بعشرة إلى أجل، ويقول: بعته بثمانية، فحُط عني من الربح قدر النقص: فيمنع إذا كان المقصود البيع، وكانا - أو أحدهما - من أهل العينة؛ لأنهم يتواطئون على ربح

(١) في ط: ملك.

العشرة اثنى عشر أو غيره، فإذا باع ونقص عن تقديرها: حطه حتى يرجع إلى ما تراضيا عليه، وهم قوم يوسعون الحيلة فى الحرام، وقد قال الأصحاب: إن كانت البيعتان - أو الأولى - إلى أجل: اتهم جميع الناس، فإن أفضى إلى مكروه: امتنع. وإن كانتا نقدًا: فلا يتهم فى الثانية إلا أهل العينة، وكذلك إن كانت الثانية هى المؤجلة، وقيل: بل يتهم فى هذه جميعُ الناس. قال أصبغ: إن كان أحدهما من العينة: فاعمل على أنهما جميعًا من أهل العينة.

التاسع: قال صاحب البيان: قال مالك: إذا باع قمحًا بدينار، ثم اشترى منه المشترى بزائد دينار، ثم تساقطا الدينارين - لا يجوز، ويرد الثمن؛ لأنه قبض طعامًا من ثمن الطعام، وعلى مذهب عبد الملك: [تفسخ البيعتان][1]؛ لِفسخ القمح أيضًا، وقال محمد: تفسخ المقاصة فقط.

العاشر: قال: قال مالك: اشترى تمرًا جزافًا ولم يعه، ثم اشترى البائع منه أكثر من الثلث كيلا - امتنع، نقد أم لا؛ لأنه ذريعة إلى استثناء أكثر من الثلث من الجزاف، وهو متفق على منعه، وإن كان البيع إلى أجل.

قال سحنون: لا يشترى منه شيئًا أصلًا، وكذلك إن تفرقا، وإنما يجوز أقل إذا لم يتفرقا بغير نقد، ولو كانا من أهل العينة امتنع الشراء مطلقًا بعد العينة، لا نقدًا ولا مقاصة.

الحادى عشر: قال: إذا باع رُطبه بثمن إلى أجل، ففى جواز أخذه إذا يبس ثلاثة أقوال:

الجواز فى التفليس وغيره؛ لأن اقتضاء الطعام من ثمن الطعام إنما يحرم؛ لتوقع بيع الطعام بالطعام نسيئة، وههنا أخذ عين نسيئة.

والمنع فى التفليس وغيره؛ خشية بيع الرطب بالتمر.

والفرق بين التفليس فيجوز؛ لأنه أدت إليه الأحكام وغيره فيمتنع.

فلو باع عبدًا بثمن إلى أجل، ففلس المشترى وقد أبق العبد - قال مالك: يخير بين محاصة الغرماء وطلب العبد، فإن وجده أخذه، وإلا حاص الغرماء، وقال أيضًا: إن رضى بطلبه ليس له الرجوع للمحاصة، وابتاع العبد دينا بدين، وحظره،

(١) فى ط: يفسخ البيعين.

وهو أظهر الأقوال.

فرع: قال ابن القاسم: إذا باع لحمًا وتكفل به حميل، فدفع الحميلُ للجزار الثمن- جاز أخذ الكفيل من المشترى فى دراهمه طعامًا؛ لأنه لم يدفع طعامًا، ولا يأخذ الجزارُ من الحميل بدراهمه طعامًا؛ لأنه باع طعامًا تنزيلًا للحميل منزلة المحال عليه، فإن كان أخذ الطعام من الحميل صلحا عن المشترى، قيل: يجوز، ويخير المشترى بين إجازة الصلح ودفع الطعام، وبين دفع الدراهم. وقيل: يمتنع ذلك؛ لأنه يدفع طعامًا ولا يدرى ما يرجع إليه، فإن أشكل وجه دفع الطعام فى الصلح أو غيره فقولان فى نفوذ الطعام.

فائدة: فى التنبيهات: العينة - بكسر العين - مأخوذة من العين، وهو النقد؛ لحصوله لبائعها فى الحال، وقد باع إلى أجل. وفسرها فى المدونة بالبيع إلى أجل والشراء بأقل نقدًا.

قال صاحب[1]: هى فعلة من العون؛ لأن البائع يستعين المشترى على تحصيل مقاصده، وفى أبى داود: قال - عليه السلام -: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ، وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ . . .»[2] الحديث. وبتفسير مالك [كان قد] فسرها ابن عباس، وقال غيرهما: بيع ما ليس عندك، وجعل مالك منها بيع الطعام قبل قبضه؛ ليبين أنها كل عقد ممنوع.

القسم الثانى من الكتاب: فى لزوم العقد وجوازه

والخيار يتنوع إلى: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار النقيصة، فهذه ثلاثة أنواع:

النوع الأول - خيار المجلس:

والأصل فى العقود: اللزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان. والأصل: ترتب المسببات على أسبابها. وخيار المجلس - عندنا - باطل، والبيع لازمٌ بمجرد العقد، تفرقًا أم لا، وقاله (ح). وقال (ش) وابن حنبل بعدم اللزوم، وخيار المجلس حتى يتفرقا أو يختارا الإمضاء، وحكاه أبو الطاهر عن ابن حبيب، وكذلك الإجارة والصرف والسلم والصلح على غير جنس الحق؛ لأنه بيع، وعلى

(١) فى ط: صاحب [. . .].

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٦٢) عن ابن عمر.

جنس الحق: خَطيطة لا بيع، والقسمة على القول بأنها بيعٌ؛ لما فى الموطأ: قال -عليه السلام -: «المُتَعاقِدان بالخِيارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إلا بيْع الخِيار»(١)، وفى البخارى: «أَوْ يَقُولُ أحدُهما لِلآخَرِ: اخْتَرْ»(٢)، وعنه عشرة أجوبة:

الأول: قال محمد بن الحسن: يحمل المتبايعان على المتشاغلين بالبيع؛ فإن باب «المفاعلة» شأنها اتحاد الزمان: كالمضاربة ونحوها، ويكون الافتراق بالأقوال، فكما أن المتضاربين يصدق عليهما - حالة المباشرة - اللفظ حقيقة؛ فكذلك المتبايعان، ويكون الافتراق مجازًا، يدل عليه ما سيأتى من الأدلة، ولأن ترتيب الحكم على الوصف يدل على عِلِّية ذلك الوصف لذلك الحكم؛ فيكون وصف المفاعلة هو عِلِّيّة الخيار، فإذا انقضت بطل الخيار؛ لبطلان سببه؛ فيكون الحديث حجة عليهم لا لهم.

الثانى: أن أحد المجازين لازم فى الحديث؛ لأنا إن حملنا المتبايعين على حالة المبايعة كان حقيقة، ويكون [المجاز فى](٣) الافتراق؛ فإن أصله فى الأجسام، نحو: افتراق الخشبة، وفرق(٤) البحر، ويستعمل - مجازًا - فى الأقوال، نحو قوله- تعالى -: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]، وقوله - عليه السلام -: «افْتَرَقَتْ بَنُو إِسْرَائِيلَ، وَسَتَفْتَرِق أمتى...»(٥) الحديث، أى بالأقوال والاعتقادات.

وإن حملنا المتبايعَين على ما تقدم منه، كان مجازًا كتسمية الخبز: بُرًّا، والإنسان: نطفة، ثم فى هذا المقام يمكننا الاقتصار على هذا القدر. ونقول: ليس أحدُهما أولى من الآخر؛ فيكون الحديث محتملا يسقط به الاستدلالُ.

ولنا: ترجُّح المجاز الأول بكونه معضودًا(٦) بالقياس والقواعد.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٧١) (٧٩) من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٣٨٤) فى كتاب البيوع: باب إذا لم يُوقِّت الخيار هل يجوز البيع (٢١٠٩)، واللفظ له، وأبو داود فى السنن بلفظ البخارى (٣/ ٢٧٣)، فى كتاب البيوع: باب خيار المتبايعين (٣٤٥٥) من حديث ابن عمر.

(٣) فى ط: المجازى.

(٤) فى ط: فوق.

(٥) أخرجه عبد بن حميد (١٤٨) عن سعد بن أبى وقاص.

(٦) فى ط: مقصودًا.

الثالث: قوله - عليه السلام - فى بعض الطرق فى أبى داود والدارقطنى: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا، إلا أَنْ يَكُونَ صَفْقَةَ الخِيَارِ، وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صاحبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يستقيلَهُ»(١). فلو كان خيارُ المجلس مشروعًا لم يحتج الإقالة.

الرابع: المعارضة؛ (لنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر)(٢)، وهذا من الغرر؛ لأن كل واحد منهما لا يدرى ما يحصل له: هل الثمن أو المثمن؟

الخامس: قوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والأمر للوجوب المنافى للخيار.

السادس: لو صح خيار المجلس لتعذر تولى طرفى العقد، كشراء الأب لابنه الصغير، والوصى والحاكم، لكن ذلك مُجتمع عليه؛ فيلزم ترك العمل بالدليل على قولنا: لا يلزم، وكذلك يلزم فيما يسرع إليه الفسادُ من الأطعمة كالهرائس والكنائل.

السابع: خيار مجهول العاقبة؛ فيُبطل الخيارُ الشرط.

الثامن: عقد وقع الرضا به؛ فبطل خيار المجلس فيه كما بعد الإمضاء.

التاسع: قال أبو يوسف: يحمل على ما إذا قال المشترى: بعنى، فقال له البائع: بعتك - له الخيار مادام فى المجلس، وهذه صورة تفرد بها الحنفية؛ فلا بد أن يقول- عندهم -: اشتريتُ، وإن كان استدعاء للبيع، وحملوا عليه قوله - عليه السلام - فى البخارى: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ: اخْتَرْ»(٣) أى: اختر الرجوع على

---

(١) من حديث عبد الله بن عمرو، أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٣) فى كتاب البيوع: باب فى خيار المتبايعين (٣٤٥٦)، والترمذى (٣/ ٥٥٠) فى البيوع: باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٧)، وقال حديث حسن، والنسائى (٧/ ٢٥١، ٢٥٢) فى البيوع: باب وجوب الخيار للمتبايعين وأحمد فى المسند (٢/ ١٨٣).

(٢) من حديث أبى هريرة، أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣)، فى كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصاة (٤/ ١٥١٣)، وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٤)، فى البيوع: باب فى بيع الغرر (٣٣٧٦)، والترمذى (٣/ ٥٣٢)، فى البيوع: باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر (١٢٣٠)، وقال حسن صحيح، والنسائى (٧/ ٢٦٢)، فى البيوع: باب بيع الحصاة، وابن ماجه (٢/ ٧٣٩)، فى التجارات: باب النهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر (٢١٩٤)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٥١ - ٣٧٦ - ٤٣٦ - ٤٣٩ - ٤٩٦).

(٣) تقدم.

الإيجاب، أو الاستدعاء، ونحن نحمله على اختيار شرط الخيار؛ فيكون معنى الحديث: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا؛ فلا خيار، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، فلا تنفع الفرقة؛ ولذلك لم يرد إلا بيع الخيار مع هذه الزيادة.

العاشر: عملُ المدنية، وهو مقدم على خبر الواحد، فإن تكرر البيع - عندهم - مع الأنفاس، فعدم خيار المجلس من بين أظهرهم، يدل على مشروعيته دلالة قاطعة، والقطع مقدم على الظن.

إذا تقرر هذا فاعلم أن القواعد والقياس معنا كما تقدم، وقد تعارض فى هذا الموضع خبر الواحد والقياس، فلما كان شأن الحنفية تقديم القياس قدموه ههنا، واختلف النقل عن مالك فى تقديم القياس على خبر الواحد: فنقل عبد الوهاب عنه تقديمه، ونقل عنه غيره عدم تقديمه.

فعلى الأول: طرد أصله مع الحنفية، وعلى الثانى: يكون القياس ههنا معضودًا بعمل المدينة. وبهذه المباحث يظهر لك نفى التشنيع عليه فى كونه روى خبرًا صحيحًا وما عمل به، فما من عالم إلا وترك جُملة من أدلة الكتاب والسنة لمعارض راجح عنده، وليس هذا خاصًا به، رضى الله عنهم أجمعين.

النوع الثانى - خيار الشرط:

ويتمهد بالنظر فى مقدار مدة الخيار، وما يقطعه، وما يحدث فى مدة الخيار من علة أو جناية أو نحوها:

النظر الأول - فى مقدار مدة الخيار:

وأصله: الحديث المتقدم؛ لقوله: «إلّا بيع الخيار» ؛ لأن الاستثناء من النفى إثبات.

سؤال: إذا باع درهمًا بدرهم، أو أحد المتماثلين بالآخر، كيف يمكن، كيف يكون القول بمشروعية خيار الشرط أو المجلس، إن قيل به، والخيار إنما شرع لتبيين الأفضل فيؤخذ، أو المفضول فيترك، والعاقبة فى المعاوضة، والكل منتفٍ ههنا؟ فقطعنا بانتفاء العلة؛ فينبغى أن نقطع بانتفاء المعلول.

وفى الكتاب: بيع الخيار جائز فى الثوب نحو اليومين، وفى الجارية: نحو الجمعة؛ لاختبارها، والدابة: نحو اليوم، ويجوز اشتراط سير البريد ونحوه للاختبار، وقال غيره: البريدين، وفى الدار: نحو الشهر، ويمنع البعيد من أجل

الخيار للغرر؛ لأنه لا يدرى ما يكون المبيع عند الأجل، وقد يزيد فى الثمن لأجل الضمان.

قال صاحب التنبيهات: وروى فى الدابة والثوب ثلاثة أيام وقول ابن القاسم: البريد، وقول أشهب: البريد - قيل: للذهاب والرجوع، ويحتمل التوفيقُ بين القولين بأن يكون البريدان للذهاب وللرجوع.

وفى الجواهر: قيل: فى الدار الشهران لعبد الملك؛ لسبر الحيطان والأساسات وغير ذلك.

قال ابن يونس: فإن شرط الخيار سنين، فبنى وغرس؛ والخيار للبائع. فليس فوتًا، وتكون فيه قيمته منقوضًا، وإن بنى بعد أجل الخيار فهو فوت، وعليه قيمة الدار يوم انقضاء الخيار، قاله سحنون، وقال - أيضًا -: يضمن المشترى يوم القبض كالبيع الفاسد.

قال صاحب النكت: لم يذكر فى الكتاب الأرضين وهى مع الدور سواء، يجوز فيها خيار الشهرين، ولا وجه لتفرقة من فرق، ولا لمن قال: عشرة أيام فى التنزيل، الكل سواء، فهذا تحرير المذهب: أن الخيار يشترط - بحسب الحاجة - فى كل مبيع على حسبه، وجوزه ابن حنبل لأى مدة أرادوا؛ لقوله - عليه السلام -: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»(١).

ومنعه (ش) و (ح) فى الزائد على ثلاثة أيام؛ لما فى مسلم: «أَنَّ حِبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ وَكَانَ قَدْ أَصَابَتْهُ جِرَاحَةٌ فِى رَأْسِهِ، فَكَانَ يُخْدَعُ فِى الْبَيْعِ، فَشَكَا أَهْلُهُ إِلَى النَّبِىِّ ﷺ فَنَهَاهُ، فَقَالَ: لَا أَصْبِرُ، فَقَالَ: إِذَا بِعْتَ فَقُلْ: لا خِلَابَةَ، وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةً»(٢).

ويدل من وجهين:

أحدهما: أن حاجته للخيار شديدة؛ لأنه كان يُغبن، فلو جاز الزائد على الثلاث لجوزه له.

وثانيها: التحديد الشرعى يمنع الزيادة كأوقات الصلوات، ولأن شرط الخيار شهرًا غرر؛ لأنه لا يدرى كيف يكون البيع حينئذ، ولا ما يحصل له: من الثمن أو

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والحاكم (٢/ ٤٩) عن أبى هريرة.

(٢) أخرجه - مختصرًا - البخارى (٢١١٧)، ومسلم (٤٨/ ١٥٣٣)، وبتمامه: الدارقطنى فى سننه (٣/ ٥٤ - ٥٥) عن ابن عمر.

المثمن، وقياسًا على المصراة.

والجواب عن الأول: أنه متروك بالإجماع؛ فإنه - عليه السلام - جعل له خيار الثلاث بمجرد العقد، ولو قال: آخذه أنا اليوم لا خلابة، لم يكن له خيار شرط، ولأنه روى: أنه كان يتجر فى الرقيق، فجعل له ذلك؛ فلا يتناول محل النزاع فى الدور وغيرها.

وأما التحديد فيلزم إذا جهل معناه. أما إذا عقل فلا؛ لقوله - عليه السلام -: «تَحِيضِينَ فِى عِلْمِ الله سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعًا»[1] وليس حدًا إجماعًا.

وعن الثانى: أنه عذر تدعو الحاجة إليه كخيار الثلاث، بل هو أولى من خيار المجلس؛ لعدم انضباطه، وهذا منضبط.

وعن الثالث: أن المصلحة تحصل بالثلاث؛ لتبيين التدليس، بخلاف ههنا. ثم سِر الشريعة معنا؛ لأنا أجمعنا أن مشروعية الخيار إنما كانت لاستدراك المصلحة، فوجب أن يشرع منه ما يحصلها - كيف كانت - تحصيلًا لمقصود الشرع، ولأنه أجل من مقصود العقد فلا يتحدد، كالأجل فى السلع أو الثمن.

تفريع: قال اللخمى: الخيار يكون فى الثمن، هل فيه غبن[2] أم لا؟ ولاختبار المبيع، ولتبيين المصلحة فى الشراء، وإن علمها: ففى الأولين: له قبض المبيع الاختيار دون الثالث؛ لحصول المقصود دون القبض، فإن أشكل الأمر: حمل على الثالث؛ لأنه الظاهر، فإن أطلق الخيار: حُمل على ما يحتاج إليه من الأجل؛ لأن الأصل: حملُ تصرف العقلاء على الصحة. وقال (ش)، و (ح): يفسد العقد، كما لو نصا على عدم التقييد، وهو ظاهر اللفظ، وإن زاد يسيرًا: كره، أو كثيرًا جدًّا: فسخ عند مالك؛ لاتهامهما فى إظهار الخيار وإبطال البت؛ ليكون فى ضمان البائع

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٧٦ - ٧٧) كتاب الطهارة: باب من قال: إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة (٢٨٧)، والترمذى (١/ ٢٢١ - ٢٢٥)، كتاب الطهارة: باب المستحاضة تجمع بين الصلاتين بغسل واحد (١٢٨)، وابن ماجه (١/ ٢٠٣)، فى الطهارة: باب ماجاء فى المستحاضة التى قد عدت أيام أقرائها (٦٢٢)، وفى (١/ ٢٠٥)، باب ما جاء فى البكر إذا ابتدئت مستحاضة أو كان لها أيام حيض فنسيتها (٦٢٧)، والشافعى فى الأم (١/ ٦٠)، وأحمد (٦/ ٤٣٩)، والدارقطنى (١/ ٢١٤ - ٢١٥)، (٤٨ - ٥٢)، والبيهقى (١/ ٣٣٨ - ٣٣٩)، وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٢) فى ط: عين.

بجعل، وفيه خلاف كما تقدم فى بيوع الآجال: هل المنع؛ لأنها عادة فى التعمد للفساد فيفسخ؟وإن لم يكن عادة: مضى بالثمن، وينبغى فى الثوب إذا كان يريد معرفة ذرعه: فبالحضرة، وتجوز الغيبة؛ للاحتياج بالقياس على الأهل، وعن ابن القاسم فى العبد والجارية: عشرة أيام، وعن مالك: شهر؛ لأن الرقيق يكتم عيبه إن أحب مشتريه، أو يتكاسل إن أحب بائعه، فيظهر باطنه فى ذلك، إن كان مشترى الدار من أهل المحلة لمن يمكن من سكناها فعلمه بأحوال الجيران[1]، وإلا سكن والارتواء يكثر بكثرته، أو يقل بقلته، وإن كان الخيار لاختيار الثمن وهى بعيدة، ولاختيار المبيع وهى قريبة، نظر لأبعدهما، فإذ انقضى الأقرب رد للبائع وبقى الخيار.

فرع: قال اللخمى: والعوض عن الانتفاع فى الدار والعبد والدابة تساقط إن كان المشترى فى مسكن يملكه، أو بكِراء ولم يخله لأجل الاختيار، وإن خلاء أو كراء: لم يسقط، وإن كان اختيار الدابة فيما لا يستأجر له: سقط، وإلا لم يسقط. والعبد إن كان عبد خدمة سقط؛ لأن العادة لا يستأجر لمثل هذا، أو عبد صناعة يقدر على معرفته فيها عند البائع: فعل، وإلا فعليه أجرة صنعته إلا أن يعمل ما لا أجر له: أو عبد خراج، فبعثه المشترى ليكتسب له، طلع على قدر كسبه فكسبه للبائع، وإن دخل على أنه للمشترى: امتنع؛ للجهل به، فإن قبل المشترى بعد الأمد: فللبائع الثمن والأجرة، أو قبل الانتفاع: سقطت الأجرة، أو بعد ذهاب بعض الأمد فأجرة الماضى - فقط - للبائع، وأجل الثمن للبائع مثل أجله للمشترى. ولا يضرب له أجل الاختيار؛ لعلمه بملكه، فإن فعل: حُمل على أنه استثناؤها: جاز، وإلا فلا، إلا أن يكون أمدٌ يتغير فيه الأسواق، فيمتنع الخيارُ إليه.

فرع: فى الكتاب: لا يلبس الثوب للاختيار؛ لعدم توقف الاختيار عليه، بخلاف ركوب الدابة. قال ابن يونس: فإن لبس ونقص، فقيمة لبسه عليه، وقيل: لا شىء عليه كالغلات.

فرع: فى الجواهر: يمتنع أن تكون المدة مجهولة: كقدوم زيد، أو ولادة ولده، أو إلى أن ينفق سوق السلعة من غير أمارة على شىء من ذلك، ويفسد البيع؛ لتمكن

---

(١) فى ط: الحيوان.

الغرر فى حصول الملك، وإن شرط أكثر مما يجوز: فَسَد العقد، ولو أسقط الشرط؛ لأن مقتضى الشرط: اختيار الإمضاء، فهو فيه، تخريجًا من سلسلة من أسلم فى تمرٍ[1] سلما فاسدًا، فلما فسخ أراد أخذ تمر برأس ماله، قيل: المنع؛ لتتميم العقد الفاسد، وقيل: يجوز.

قال الطرطوشى فى تعليقه: إذا اشترط خيارًا بعد الغيبة أو أجلا مجهولا: فسد وإن أسقط الشرط، وقاله (ش)، ويفسده (ح) مع الإسقاط فيهما، كما لو تزوج أجنبية وأخته.

فرع: يمتنع اشتراط النقد فى بيع الخيار؛ لئلا يكون تارة بيعًا وتارةً سلفا، ويجوز بغير شرط؛ لأن السلف بغير شرط يجوز فى البيع.

قال اللخمى: لا ينبغى بغير شرط فى على الجوارى؛ لأنه إذا قبل يكون أخذ فى دينه جارية لتواضع الاستبراء، فشبه الدَّين فى الدَّين، ولا يفسخ إذا وقع.

فرع: قال اللخمى: إذا باعها على عقدين، ثم اشتراها منه عن خيار - جاز العقد الأول أم لا، إلا أن يقول: آخذها بالثمن أو أقيلك: فيمتنع؛ لأنه عقد فى خياره.

نظائر: قال العبدى: يجوز النقد بغير شرط، ويمتنع مع الشرط فى خمس مسائل: الخيار، وعهدة الثلاث، والمواضعة، والغائب البعيد، وكراء الأرض غير المأمونة.

ويمتنع النقد مطلقًا فى ثلاثة: الخيار فى المواضعة، والخيار فى السلعة الغائبة، والخيار فى الكراء.

فرع: فى الكتاب: إذا جعلا الخيار بعد تمام العقد، لزمهما إذا كان يجوز فى مثله الخيار، وهو بيع مؤتنف، وما أصاب السلعة فى أيام الخيار: هو من المشترى؛ لأنه صار بائعًا.

قال صاحب النكت: قال بعض القرويين: معناه: أن المبتاع سلم الثمن وقبض المبيع، ثم جعل للبائع فيها الخيار، فإن لم ينقد: فلا، كمن باع بالخيار بشرط النقد، وكذلك لو كان الجاهل للخيار هو البائع.

قال ابن يونس: ظاهر الكتاب: الضمان من المشترى، كان الجاعل للخيار هو

---

(١) فى ط: ثغر.

المشترى أو البائع، وكأنه قال للمشترى: إن شئت بعها ولك الخيار، فالمشترى بائع على التقديرين.

وقال المخزومى: إن جعله البائع فالضمان منه؛ لأنه خيار ألحقه بعده، وإلا فمن المشترى؛ لأنه تابع.

فرع: فى الكتاب: اشتراط البائع رضا فلان يجوز، وأيهما رضى: جاز؛ لأن فلانًا وكيل، فاختيار البائع عزل، وإن اشترى لفلان على أن يختار فلان، أو لنفسه على رضا فلان، أو على خيار فلان، ليس له إجازة ولا رد دون خيار من اشترط خياره.

قال ابن يونس: لم يبين أن للبائع خلاف من اشترط خياره ههنا وبينه فى المشترى، فحمل أبو محمد أن ذلك للبائع دون المشترى على ظاهر اللفظ، وعن ابن القاسم: للبائع المخالفة بخلاف المشترى، وعنه: التسوية فى صحة المخالفة، ولم يختلف قوله أن للبائع المخالفة، وإنما اختلف فى المشترى، ووجه التسوية: أنه فرع عنهما؛ فهما أولى منه، ووجه التفرقة: ضعف المشترى؛ لأن ملكه لا يتم إلا بالقبول، وملك البائع متأصل، ووافقنا (ح) فى اشتراط خيار الأجلين قياسًا على الوكالة فى سائر التصرفات، وخالفنا (ش)، وابن حنبل؛ لأن الخيار على خلاف الأصل، والإنسان أعلم بمصلحته؛ فلا يقاس عليه غيره.

قال اللخمى: إن كان رضا فلان شرطًا، ليس لأحدهما عزله إلا باتفاقهما، فإن اتفقا على العزل أو القبول أو الرد: جاز، وإن اختلفا: بقى على ما بيده.

قال: وأرى إذا كان الشرط من البائع وحده، وأراد المشترى التقييد، فقال البائع: وحتى يختار فلان – أن للبائع التقييد دون الرد. وإن كان من المشترى، ورغب البائع فى بتِّ البيع، فقال المشترى: حتى يختار فلان – أن للمشترى البيع دون رده قبل فلان، وليس له الرد دون فلان.

قال صاحب التنبيهات: الذى عليه الحذاق: متى شرط رضا فلان لهما جميعًا، لم يكن رجوع ولا عزل دون صاحبه، وإن شرط أحدهما فليس له مخالفة فلان دون الآخر، ولم يختلف قولهم: أن لمشترط المشورة تركها إلا تأويلًا لأبى إسحاق، ولم يختلف قول مالك فى الكتاب أن اشتراط رضا فلان جائز، وعن ابن القاسم أنه مخاطرة، والخيار لأحد المتبايعين رخصة؛ فلا يتعدى لغير ضرورة، وقاله ابن حنبل

وبعض الشافعية.

وفى المقدمات: إذا اشترط أحدهما الخيار لغيره: أربعة أقوال:

الخيار للمشترط دون المشترط له؛ لأنه الأصل المشترط له، والخيار حق لهما.

فإن أراد البائع إمضاء المبيع لزم ذلك المبتاع، وإن لم يوافقه الذى جعل البائع الخيار له.

وإن أراد الذى جعل البائع الخيار له الإمضاء: مضى وإن ذكره البائع إلا أن يوافق المبتاع البائع على الرد، كذلك المبتاع مع من اشترط خياره.

والقول الرابع: الفرق بين أن يشترط ذلك البائع أو المبتاع مع من اشترط [خياره](١)، وعلى ذلك تأول فى المدونة ابن أبى زيد، والتونسى، وابن لبابة إلا أنهم اختلفوا فى التأويل إذا اشترط ذلك البائع:

فقال ابن لبابة: يلزم البيع المبتاع برضا البائع، ويلزم برضا المشترط خياره، وقاله ابن أبى زيد.

وقال التونسى: إن ذلك كالوكالة.

واختلف فيما فى المدونة هل هو اختلاف قول فى البائع والمبتاع؟ وقيل: ليس بخلاف، بل تفرقة بين البائع والمبتاع، ولم يختلفوا فى المشورة أن لمشترطها تركها إلا ما فى الكتاب أنهما كالخيار، وأنه إذا سبق وأشار: لزم، وهو بعيد؛ لأن مشترط المشورة اشترط ما يقوى به نظره، لا أنه طرح نظره، ومشترط الخيار لغيره معرض عن نظر نفسه.

فى الجواهر: قال فى الكتاب: لمشترط المشورةِ الاستقلالُ فى مشترط الرضا، إن كان بالغًا استقل، واختلف المتأخرون فى بقاء التفرقة على ظاهرها، وهو رأى الأكثرين، أو التسوية بينهما، وحمل افتراق الأجوبة على افتراق الأسئلة، وهو رأى الشيخ أبى محمد.

قال بعض المتأخرين: ينظر: إن اشترطا الرضا جميعًا، ولهما فيه غرض - فهو كالوكيل لهما، ليس لأحدهما الاستقلال، وإن شرطه أحدهما فله الاستقلال، وقيل: هذا هو الأصل، ولكن إذا لم يظهر أحد القصدين فظاهر الكتاب:

---

(١) سقط فى ط.

الاستقلال، وقال ابن حبيب: ليس له ذلك، وقيل: هذا فى حق المشترى، أما البائع: فالأصل: بقاء ملكه؛ فلا بد من دليل يدل على الرضا بالانتقال، وهذا سبب التفرقة بين البائع والمشترى فى الكتاب.

فرع: قال ابن يونس: عن أبى سعيد بن أخى هشام: إذا اشترط المبتاع رضا فلان، فمات قبل ذلك، لم يلزم البائع البيع إلا برضاه، وهذا على قوله: ليس للمبتاع المخالفة، أما على القول الآخر فلا.

فرع: قال: إذا اشترط الوكيل خيار الموكل، فضاع المبيع - قال مالك: ضمانه من الموكل له ليس الوكيل، وأحب إلىّ أن يكون من الوكيل، إلا أن يبين أنه وكيل: فمن البائع؛ لأن الموكل لم يأمره باشتراط خياره، ولو أمره كان هلاكه منه.

فرع: فى الكتاب: يجوز للمشترى اشتراط مشورة فلان القريب، وله مخالفته، فإن فسد العقد كالخيار الطويل، وليس له إجازته.

قال ابن يونس: قال ابن نافع: والمشورة كالخيار الطويل لا يستقل مشترطها دون المشترط، وعن ابن القاسم: الخيار كالمشورة فى الاستقلال.

قال اللخمى: لمشترط المشاورة تركها إلا أن يدخلا على التزامها.

فرع: فى الكتاب: يمتنع الخيار فى الصرف؛ لضيقه باشتراط المناجزة عقيب العقد، ويجوز فى السلم اليومين والثلاثة؛ للحاجة للسؤال، ويمتنع البعيد؛ لأنه بيع دين بدين، فعُفِى عن يسيره دون كثيره.

فرع: فى الجواهر: الملك فى زمن الخيار للبائع، والعقد ليس بناقل حتى يتصل به الإمضاء. وقيل: للمشترى، قاله (ش)، وابن حنبل، والعقد ناقل، واختيار الفسخ رد.

وقال (ح): إن كان الخيار للبائع أو لهما: فللبائع؛ لبقاء علقته، وإلا فللمشترى، ويبقى الملك معلقًا حتى ينقضى الخيار.

لنا: الاستصحاب فى ملك البائع، ولأن العقد إنما ينقل الملك بالرضا من الطرفين، ولم يحصل الرضا حتى يحصل الإمضاء؛ فلا ينتقل الملك، وبه يظهر اعتماد الخصم على صورة العقد، فإنا لا نساعد على صورة العقد كافية؛ لأن العقد لو انتقل لما رجع الأبعد؛ لأنه السبب الشرعى، والرد ليس بعقد ولا سبب شرعى لنقل ملك فى غير صورة النزاع إجماعًا؛ فكذلك فيها.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى الصبرة كل قفيز بدرهم، ليس له ترك البعض إلا برضا البائع، وكذلك الغنم والثياب.

قال صاحب التنبيهات: من الأصحاب من منع هذه المسألة؛ للجهل بجملة الثمن.

قال أبو عمران: ويشترط فى الغنم والثياب أن يعلم عددها بخلاف الطعام؛ لأنها لا تُباع جزافا، واستحبه ابن القاسم؛ لأن تفصيل الثمن معلوم.

فرع: قال ابن يونس: إذا اختلفا لِمن الخيارُ منهما.

قال ابن القاسم وأشهب: يتحالفان ويثبت البيع.

قال محمد: إن اتفقا على رد أو إجازة فلا يحلفان؛ لحصول المقصود، وإلا صدق مريد الإمضاء مع يمينه، ولا يحلف الآخر؛ لعدم الفائدة، واليمين على من يُحكم له، وهذا يحكم عليه، وعن ابن القاسم: ينقض البيع ولا تقبل دعوى واحد منهما؛ لتساويهما. وعنه: البيع لازم والخيار ساقط؛ لأنه الأصل.

قال أصبغ: ويحلفان ولا أبالى من بدأت باليمين، والأحسن: التبدئة بالمبتاع؛ لأنه آكد، ، فإن نكل أحدهما دون الآخر: صدق الحالف. فإن اتفقا على الخيار واختلفا فى الإمضاء والرد، ففى التلقين: يقدم الرادّ؛ لأنه مقصود الخيار، وأما الإمضاء: فالعقد كافٍ فيه.

فرع: فى الكتاب: يجوز شراء ثوب من ثوبين بخياره، أو خمسين من مائة إن كانت جنسا واحدًا، أو ذكر صفتها وطولها وعرضها، وإن اختلفت القيمة بعد أن تكون كلها مروية أو هروية، فإن اختلفت الأجناس: امتنع للخطر حتى يسمى ما يختار من كل جنس، وكذلك إن اجتمع حرير وصوف، وإبل وبقر: لم يجز إلا على ما تقدم، ويمتنع فى الطعام اختيار صبرة من صبر، أو نخلة أو شجرة من نخيل، أو شجرة مثمرة، اتفق الجنس أو اختلف، أو كذا وكذا عذقًا[1] من نخلة، ويدخله التفاضل فى الطعام مع بيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لأن الخيار يعد منتقلا عما تركه، وكذلك عشرة آصُع محمولة بدينار أو تسعة سمراء على الالتزام، وكذلك أربع نخلات يختارها وأصولها من غير تمر يجوز كالعرض بخلاف البائع

(١) فى ط: عزقًا.

يستثنى أربع نخلات أو خمسًا، أجازه مالك بعد أن وقف فيه أربعين ليلة، وجعله كمن باع غنمه على أن يختار منها خمسًا، وكرهه ابن القاسم، وأجازه إن وقع؛ لأن المستثنى مبقى على الملك.

قال اللخمى: على القول بأن المختار لا يعد منتقلا: تجوز مسألة المحمولة والسمراء، أو يبطل التعليل بالتفاضل، وبيع الطعام قبل قبضه، وإذا كان المبيع كتانًا أو صوفًا فأربعة أوجه:

إن كان بالخيار فى أن يأخذ أى تلك الأصناف شاء: امتنع، استوى الثمن أو اختلف.

وإن قال: آخذ عشرة من كل صنف، وله أن يختارها، ويترك الجميع: جاز؛ لأن المبيع معلوم.

وإن كان الخيارُ للبائع مُنع حيث يمنع المشترى.

ويجوز حيث يجوز بشرط أن يكون أقل ذلك الصنف، أو أقله على القول الآخر.

قال صاحب المقدمات: إذا انعقد البيع على أحد مثمنين بثمن واحد، وهما لا يجوز تحويل أحدهما فى الآخر - امتنع اتفاقًا مع ظهور التهمة، فإن لم يتهما: جاز، مثل: أن يختلف المبيعان فيما عدا الطعام فى القلة والكثرة، مع النقد أو التساوى فى الأجل، والاختلاف فى الأجل، والمؤجل أبعد أجلا، أو أقل عددًا؛ إذ لا يقصد ذلك، فإن جاز تحويل أحدهما فى الآخر: امتنع إلا على قول عبد العزيز بن أبى سلمة. وكذلك الصنف الواحد إذا اختلفت صفته حتى يجوز سلم أحدهما فى الآخر. فإن اختلفت الصفة، إلا أنه لا يجوز سلم أحدهما فى الآخر: فيجوز عند محمد، وإن كانا صنفًا واحدًا وتفاضلا فى الجودة: جاز على ما فى المدونة، وقول محمد، وامتنع عند ابن حبيب، وإن استوت الصفة: جاز، اتفاقا خلافا لـ (ش) و(ح) ؛ لأن أحد الثوبين كقفيز من صُبْرة.

النظر الثانى: فيما يقطع الخيار

وفى الجواهر: والصادر من المتعاقدين هو على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يدل على الرضا بالنص على الأخذ أو الترك، أو ما يدل عليهما

من فعل أو ترك، [فالترك][(١)]: كإمساكه عن القول أو الفعل الدالين على أحد الوجهين حتى تنقضى مدة الخيار. فإنه يقضى بذلك على المشترى فى الإمضاء، إن كانت السلعة بيده ولم يردها، وعلى البائع، إن كانت بيده ولم يدفعها؛ لأنه ظاهر الحال، أن ترك المشترى لها فى يد البائع: فسخ، وأن الفعل إن دل فى العادة على الإمضاء أو الرد: عمل بمقتضاه، وإن كان محتملا: ألغى؛ لأن الأصل: بقاء الخيار.

القسم الثانى ما لا دلالة له؛ فلا يُعد رضا اتفاقا: كاختيار الأعمال وشبهه.

القسم الثالث: مختلف فيه: كالرهن والإجارة على ما يأتى تفصيله - إن شاء الله تعالى - والاعتماد فى هذا الفسخ على القرائن.

قال سحنون: وكل ما يعد قبولا من المشترى يعد فسخًا من البائع.

قال اللخمى: لا يجوز لك مطلقًا؛ لأن الغلات للبائع. فإذا أجر أو سلم: فعل ذلك فى ملكه.

قال أبو الطاهر: وهذا يختلف؛ فإن طول المدة فى الإجارة يقتضى الفسخ.

قال صاحب النكت: إن كان المبيع بيد البائع والخيار له، فيحتاج بعد أمر الخيار إلى الإشهاد، إن أراد إمضاء البيع، ولا يحتاج إن أراد الفسخ: أو بيد المشترى وأراد الفسخ احتاج الإشهاد، وإلا فلا، ووافقه ابن يونس، وهو خلاف إطلاق صاحب الجواهر: أن مُضى الأجل كافٍ مطلقا.

وفى الكتاب: إذا مضت أيام الخيار، وأراد الرد والسلعة فى يديه، أو الأخذ وهى فى يد البائع - فليس له ذلك إن بعدت أيام الخيار، وله ذلك: إن كان بعد غروب الشمس من أيام الخيار، أو من الغد؛ لأن الفكرة فى الرأى قد تتأخر، ولو بشرط: إن لم يأت المبتاع بالمبيع قبل غروب الشمس آخر أيام الخيار لزم البيع: امتنع؛ لأنه قد يعوقه مرض أو سلطان فيلزم البيع بغير رضا.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: ويفسخ وإن فات الأجل الذى يجب به البيع، وقيل: هذا محمول على اختلاف قول مالك فيمن شرط: إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا: فلا بيع بيننا، ولأنه يفسخ وإن سقط الشرط على الخلاف، وقيل: الفرق: أن

---

(١) سقط فى ط.

البيع ههنا لم يتم، وهناك [تم؛][1] فسقط الشرط. قال: والصواب: عدم الفرق.

قال أشهب: إن مضت الثلاث بلياليها، فلا رد له، وإن رد قبل غروب الشمس من آخرها: فله الرد.

فرع: فى الكتاب: إذا جُن البائع أو المشترى فى أيام الخيار، نظر له السلطان فى الإجازة والرد؛ لأنه ولى العاجزين.

قال اللخمى: اختلف فى المشترى، وعن ابن القاسم: ليس للسلطان ذلك فى المشترى، بل إن تطاول الإغماء ورأى السلطان ذلك ضررًا: فسخ؛ لعدم تعيين غرضه فى البيع. وقال أشهب: له أن يأخذ له فى أيام الخيار، وليس له بعدها إلا الرد.

قال: والقول بالأخذ أحسن؛ لأنه ما عقد إلا وله غرض فى البيع، وإن كان الخيار ثلاثة أيام، فاستفاق بعد يومين: استأنفها؛ لأنه اشتراها على الفكرة ثلاثة، ولا يؤخذ[2] للمفقود عند ابن القاسم، ويؤخذ له على قول أشهب فى الثلاثة الأيام؛ قياسًا على المعنى.

فرع: قال اللخمى: وإذا مات قام ورثته مقامه، وقاله (ش)، خلافًا لـ (ح) وابن حنبل.

قال الطرطوشى فى تعليقه: وكذلك خيار الشفعة والتعيين إذا اشترى عبدًا من أعبُد، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت المُوصى، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد: فلورثته خيار القبول أو الرد، وقال محمد: إذا قال: من جاءنى بعشرة فغلامى له - فمتى جاءه أحد بذلك إلى الشهرين لزمه، وخيار الهِبَةِ، وحكى فيه تردد، ومنع[3] (ح) خيار الشفعة، وسلم خيار الرد بالعيب، وخيار تعدى الصفة، وحق القصاص، وحق الرهن، وحبس المبيع[4]، وخيار ما وجد من أموال المسلمين فى الغنيمة، فمات ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة، وسلمنا له خيار الهبة فى الأب للابن [الصغير][5] بالاعتصار، وخيار العنة، واللعانِ، والكتابة،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: يوجد.
(٣) فى ط: منح.
(٤) فى ط: المبين.
(٥) سقط فى ط.

والطلاق بأن يقول له: طلق امرأتى متى شئتَ، فيموت المقول له، وسلم (ش) جميع ما سلمنا، وسلم خيار الإقالة والقبول، والمسألة غامضة المأخذ، ومدارُها على أن [الخيار][(١)] عندنا: صفة للعقد فينتقل مع العقد، وعنده: صفة للعاقد؛ لأنه مسببه، واختياره يبطلُ بموته كما تبطل سائر صفاته، والحقوق عندنا تنتقل كالأموال بالإرث إلا أن يمنع مانع، وعنده: الأموال تورث، والحقوق لا تورث إلا لعارض؛ لقوله - عليه السلام -: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»[(٢)] ولم يقل: حقًّا؛ لأن الأجَل فى الثمن لا يورث، فكذلك الخيار، ولأن البائع رضى بخيار واحد، وأنتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم؛ فوجب ألا يتعدى المشترطُ خيارهُ، كما لا يتعدى الأجل المشترط.

والجواب عن الأول: المعارضة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، وهو عام فى الحقوق. والتنصيص فى الحديث على المال لا ينافى غيره؛ لأن العام لا يخص بِذكر بعضه على الصحيح.

وعن الثانى: أن الأجل حقيقته تأخير المطالبة، والوارث لم يتعلق فى حقه مطالبة، بل هو صفة للدين لا جرم لما انتقل الديْن لوارث زيد انتقل مؤجلا، وكذلك ههنا تنتقل الصفة لمن انتقل إليه الموصوف، فهذا لنا لا علينا.

وعن الثالث: أنه يبطل خيار التعيين، ويشترط الخيار للأجنبى، وقد أثبتوه للوارث، وبما إذا جُن فإنه ينتقل للولى، ولم يرض به البائع.

تفريع: قال اللخمى: فإن ترك ولدين واختلفا، وكان موروثهما المشترى - خير البائع بين إمضاء قبول نصف الرادّ، ويمضى لمن تمسك، أو يقول لمن قبل: إما أن تأخذ الجميع أو تترك، أو يقبل نصف من رد، ويزد نصيب من قبل؛ نفيًا لِتفريق الصفقة.

قال أشهب: هذا القياس، والاستحسان: أن لمن قبل أخذ نصيب من رد لكره البائع للتبعيض؛ لأنه يقول: أنا أرفع عنك ضرر التفريق.

وإن كان الموروث البائع، كان يختار الرد على نصيبه، ويخير المشترى فى قبول

(١) سقط فى ط.
(٢) أخرجه البخارى (٢٢٩٨) وأطرافه فى (٢٣٩٨، ٢٣٩٩) عن أبى هريرة.

نصيب من أمضى، وليس للوارث - إذ أراد - أخذ نصيب المجيز. ولا للمشترى أخذ نصيب الرادّ. والقياس والاستحسان: التسوية بين البائع والمشترى. فإن كان الوارث مولى عليه نظر وصيه. فإن كانا وصيين واختلف نظر السلطان فى أخذ الجميع أو رده: فإن كان وصيًّا وكبيرًا واختلفا، ورد الوصى: ارتد نصيبه، ومقال البائع مع الكبير، فإن أخذ الوصى: كان مقال البائع مع الوصى كما تقدم فى الكبير، والوصيان مع الكبير كالكبيرين، فإن اختلف الوصيان: نظر السلطان فيرد الجميع، أو يؤخذ نصيب الصغير، ويكون المقال بيد البائع والوصيين. وكذلك إذا مات البائع وخلف صغارًا وكبارًا: فإن كان الميت مديانًا واتفق الغرماء والورثة، فما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا، أو فيه فضل: كان للغرماء الأخذ، وإن لم يكن فضل: سقط مقالهم، والمقال للورثة. وهذه الفروع كلها فى الكتاب.

قال ابن يونس: الفرق - عند ابن القاسم - بين الإغماء فلا ينتظر السلطان، وبين الغيبة فينتظر - أن الغالب قرب زوال الإغماء يطول، كالصبا والجنون.

قال ابن القاسم: إذا أطبق المجنون نظر السلطان.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى المكاتب شيئًا بالخيار فعجز، فذلك لسيده.

فرع: قال: إذا كان الخيار للمتبايعين جميعًا لم يتم البيع إلا باجتماعهما، وإذا اشترى رجلان سلعة، فالخيار لكل واحد منهما: الرد، والإمضاء لملكه[1] أمر نفسه.

فرع: [قال][2]: ينفذ رد من له الخيار وإمضاؤه من المتبايعين، وإن غاب الآخر إذا أشهد، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): لا يصح إلا بحضرة الآخر؛ لأنه نوع من المعاملة وتقرير ملك، فلا يستقل به أحدهما، كأصل البيع.

لنا: أنه رفع لمقتضى العقد، يستقل به، كالطلاق وإن كان فسخًا، وإن كان إمضاء: فالعقد قد دخل[3] فيه الرضا؛ فلا معنى لحضوره.

فرع: قال: الهبة والكتابة والتدبير والعتق والإجارة والرهن والتصدق والوطء والتقبيل والمباشرة من المبتاع - رضًا، ومن البائع رد. وإذا طلب المبتاع أو ردها أو

---

(١) فى ط: لمالك.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: حصل.

عربها أو سافر عليها فهو رضا، إلا الركوب اليسير للاختبار. وتجريدُ الجارية للتلذذ وللتقليب ليس برضا، وتجريد الفرج رضا؛ لأنه لا يجرد فى الشراء.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: قرصها[١]، ومس بطنها أو ثديها[٢]، أو خضبها بالحناء، وضفر رأسها - رضًا؛ لأن ذلك لا يحتاج فى الاختبار، ولا يتصرف الإنسان إلا فى ملكه.

فائدة: فى التنبيهات: تعريب الدابة: كىّ ساقيها، بعين مهملة. فى تهذيب الطالب:

قال ابن القاسم: حلق رأس العبد وحجامته رضا، وإذا وهبه لابنه الصغير ليس بفوت؛ لقدرته على الانتزاع، قاله ابن الكاتب، وقال ابن حبيب: فوت.

قال اللخمى: إذا ركب واستخدم وكان الخيار لغير الاختبار، وبَعُدَ ذلك: لم يعد رضا.

وفى الكتاب: تزويج العبد أو الأمة، وضربه، وجعله فى صناعة أو فى الكتاب، والمساومة للبيع، وكراء الدار والدابة، والجناية عمدًا - كله رضا، وله الرد فى الجناية خطأ مع الأرش. ولم ير أشهب الإجارة والرهن والسوم والجناية وإسلامه للصنعة والتزويج - رضا.

منشأ الخلاف: هل يُنظر إلى أن الإنسان لا يتصرف إلا فى ملك نفسه عادة، أو ينظر إلى أنه يحتمل أنه فعل هذه الأشياء لتوقع الرضا، فلا ينتقل الملك بالشك؟

وعن مالك: البيع ليس رضا، ولرب السلعة الإجازة وأخذُ الثمن، وله النقض.

قال ابن يونس: إن كانت الجناية عيبًا مفسدًا، ضمن الثمن كله، كما لو أكل الطعام.

قال سحنون: بل يضمن القيمة فى العمد والخطأ فى العيب المفسد؛ لأنهما جناية على مال الغير، وفى غير المفسد: يختلف فى الخطأ، ويردها وما نقصها، ويلزمه فى العمد.

قال ابن الكاتب: إذا جنى المشترى خطأ والخيار له، فاختار الإمساك: غرم

---

(١) فى ط: كشف فرجها.

(٢) فى ط: بدنها.

ما نقصها عن الثمن الذى اشتراها به؛ لوجوبه للبائع قبل الاختيار. وعلى قول أشهب: إن تلك الأمور التى عدتها لا تكون رضا - لابد أن يحلف، وإنما خالف فى تزويج العبد، وأما الأمة: فرضًا عند ابن القاسم وأشهب؛ لأنه تصرف بالولاية والملك، والعبد يكفى فيه الإذن، ولأن العبد له حق النكاح بخلاف الأمة، وتحرم الأمة على السيد بوطء الزوج - إلا بعد الاستبراء - بخلاف العبد، ولأنه يقول فى العبد: فعلته نظرًا للبائع، فإن أحبه وإلا فسخه. وطرح سحنون من قوله فى الكتاب: إن البائع مخير إذا باع المشترى فى زمن الخيار، وقال أيضًا: الربح للبائع؛ لأنها كانت من ضمانه.

قال: وهو الصواب؛ لأنه يتهم فى البيع قبل الاختيار، وهو فى ضمان البائع بالربح له، فإن قال: بعتُ بعد أن اخترت - صرفه ابن حبيب مع يمينه إن كذبه صاحبه بعلم يدعيه، وله الربح، وإن قال: بعتُ قبل الاختيار - فالربح للبائع عند مالك وأصحابه.

قال اللخمى: إن فات بها المشترى، كان للبائع الأكثر من الثمن الأول؛ لأن له الإجازة، أو الثمن الثانى؛ لأن له إمضاء البيع والقيمة؛ لأن له أخذه بالتعدى. وإن كان الخيار للمشترى، وباع البائع: خير المشترى بين فسخ البيع عن نفسه، أو القبول، ويكون له الأكثر من الثمن أو القيمة فى البيع الثانى.

قال ابن يونس: والتسويق بالسلعة - ممن له الخيار - رضا، إلا أن يدعى اختيار الثمن.

فرع: فى الكتاب: إذا رأى الكِتاب، أو الثياب، أو الرقيق، أو الغنم، وصمت حتى رأى آخرها، فلم يرضها - فذلك له؛ لأن الرضا يتوقف على معرفة الجملة، فلو كانت حنطة، فنظر بعضها، فرضيه، ثم نظر باقيها، فلم يرضه وهو على صفة ما رضى: لزمه الجميع، أو مخالفا: فله رد الجميع، إن كان الاختلاف كثيرًا؛ لنفى تفريق الصفقة، وليس له أخذ ما رضيه بحصته إلا أن يرضى البائع، ولا للبائع إلزامه ذلك إذا كان المخالف كثيرًا، وكذلك كل ما يكال أو يوزن.

قال صاحب التنبيهات: يسكت عن المخالف واليسير، وفى بعض النسخ: اليسير لازم للمشترى، وفيه اختلاف، وعن ابن القاسم: يخير المشترى بين أخذ الجميع، ورد الجميع، كان المخالف قليلًا أو كثيرًا.

فرع: قال اللخمى: البناء والغرس رضا من المشترى، وردّ من البائع، فإن فعله من ليس له الخيار - وهو المشترى - وأمضى له البيع أو[1] ردّ: كان له قيمة ذلك منقوضًا؛ لأنه بغير إذن، قاله سحنون، أو: هو للبائع، وقيل: للمشترى. فعلى قول سحنون: يدفع للبائع قيمته منقوضًا؛ لأنه رأى فعل ذلك فى ملكه، وهو متعدٍّ على المشترى.

فرع: فى الجواهر: إذا باع عبدًا - بالخيار - بأمة ثم أعتقهما معًا - فى مدة الخيار- تعين العتق فى الأمة؛ لأنها على ملكه، ويلزم من عتقها رد العبد، ولا ينفذ عتقه.

قال اللخمى: إذا أعتق العبد نفذ عتقه؛ لأنه رد لبيعه، وترد الأمة لبائعها، وإن أعتقهما معًا: مضى عتقه فى عبده، وكانت الأمة لبائعها؛ لأن عتقه لعبده رد لبيعه، فكأنه قال: أرد البيع فى عبدى، وآخذ الأمة، وذلك غير لازم لِبائعها، وهذا مناقض لنقل الجواهر، فتأمله.

قال: وإن أعتق بائع الأمة، والخيار لبائع العبد، كان عتقه موقوفًا: إن رد البيع عتقت، وإلا فلا.

النظر الثالث: فيما يجدّ فى مدة الخيار من غلبة وجناية وغيرهما:

وفى الكتاب: إذا اشترى عبدًا بعبد بالخيار، وتقابضا - فمصيبة كل عبد من بائعه؛ لأنه باقٍ على ملكه، وكذلك الدابة، ويرد الثمن إن قبضه، وإن كان الخيار للمشترى، فأعتق البائع: وقف العتق، إن رد المشترى نفذ العتق، كإعتاق المخدم سنة أو المؤاجر، فإذا تمت السنة عتق.

قال اللخمى: فإن أعتق المشترى - والخيار للبائع - فرد البائع - سقط العتق أو أمضى، لا يلزم المشترى؛ لأنه أعتق فى غير ملكه ولا ضمانه. والفرق بينه، وبين البيع الفاسد: أن البائع ثمة سلطته على التصرف، ولم يسلطه ههنا. ويصح أن يقال: يلزمه - على قول ابن حبيب - فيمن اشترى عبدًا بالخيار، وجنى عليه، قيل: إن الجناية له كأنه لم يزل له.

فرع: قال اللخمى: قال مالك: إذا وطئها من لا خيار له، فولدت واختارها الآخر - فهى له دون من لا خيار له، والولد للواطىء بالقيمة؛ لأنه وطء شبهة ويدرأ

---

(1) فى ط: مضى و.

الحد، وترد الأمة. وإن كان الخيار للمشترى، فوطئها: كان رضا، فإن كانت من العلى وأقر البائع بوطئها: وقفت للاستبراء، فإن تبين عدم الحمل: دفع الثمن، أو الحمل، ووضعت لستة أشهر فأكثر: دُعى القافة[١]، فإن هلكت قبل ظهور الحمل: ضمن البائع؛ لأنها على ملكه، ويختلف إذا هلكت فى يد المشترى قبل الوقف: هل من البائع أو من المشترى؟ قال ابن يونس: إذا هلكت الدابة فى اختبارها، أو السيف، أو الفرس - لا ضمان على المشترى؛ لأنه فعل مأذون فيه، قاله ابن القاسم.

فرع: قال ابن يونس: فإن تنازعا فى زمن الهلاك: هل فى المدة أو بعدها - صُدق البائع؛ لأن المبتاع يطلب نقض البيع، وقد انقضت مدة الخيار، والأصل: اللزوم بعدها، فأما لو قال المبتاع: ينقض، صدق؛ لأن البائع يريد تضمينه.

فرع: فى الكتاب: إذا ماتت أو تغيبت فمن البائع، قبضها المبتاع أم لا، كان الخيار للبائع أو المشترى، ويخير بين أخذها معيبة بجميع الثمن، أوردها. وكذلك إن ظهر فيها عيب قديم مع حدوث العيب فى مدة الخيار؛ لأن الجميع من البائع. وإن حدث فى زمن الخيار عيب، وبعد قبضها واشترائها عيب، وذكر البائع بعيب - فإن حبسها: رجع بحصة عيب التدليس، وإن ردها، رد ما نقصها العيب الحادث عنده، ولا ينظر أحد إلى الحادث فى زمن الخيار.

قال اللخمى: إذا حدث عيب فى أمد[٢] الخيار، ووجد عيبًا قديمًا، وأحب التمسك والرجوع بالعيب القديم - قوم بعيب الخيار، وقوم بالعيب الذى لم يعلم به، وحط ما ينوبه من الثمن، والقيمتان يوم القبول؛ لأنه - حينئذٍ - ضمن، وإن أحب الرد بثلاث قيم العيوب الثلاثة، فما حطت قيمته بالعيب الثالث عن القيمتين: حط من الثمن بقدره، ورجع بالباقى، فإن كان المبيع فاسدًا أو حدث عيبه فى أيام الخيار فرضيه، ثم ظهر عيب قديم: قوم قيمة واحدة بالعيبين يوم القبول؛ لسقوط الثمن بفساده ولعدم قيمته يوم القبض، ولذلك إذا حدث عنده عيب مفسد، وأحب التمسك: فقيمته واحدة، وإن تغير سوقه بعد القبض فليس فوتًا فى العيب، وله الرجوع.

---

(١) القافة، واحدها: قائف، وهو من يحسن معرفة الأثر وتتبُّعَهُ.

(٢) فى ط: زمن.

قال سحنون: ويقوم عليه معيبًا، وقال محمد: سليما؛ لأنه قد ملك الرد.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإتلاف، نحو: قتل الحيوان.

أو التسبب للإتلاف، نحو: حفر بئر؛ ليقع فيه إنسان.

أو وضع اليد غير المؤمنة: كقبض المشترى للمبيع بيعًا فاسدًا، والغاصب.

وهذه الأسباب منفية فى بيع الخيار فى حق المشترى إذا أصيب المبيع بأمر سماوى. وعليها تتخرج فروع الضمان وعدمه، وهو متفق عليها، وإنما يختلف العلماء فى هذا الباب وغيره؛ لاجتماع شائبة الأمانة معها، فيختلفون أيهما يغلب، وإلا فلا خروج عليها فى ذلك.

قال ابن يونس: وما قبضه مما لا يغاب عليه، أو قامت بهلاكه بينة - فلا ضمان؛ لعدم التعدى. وهو كالمرتهن والمستعير، وإلا فهو ضامن كالمرتهن والمستعير؛ لأنه ليس بأمين.

نظائر: قال العبدى: يسقط الضمان بالبينة فى ست[1] مسائل:

عارية ما يغاب عليه، والمبيع بالخيار إذا كان يغاب عليه، ونفقة الولد عند الحاضنة، والصداق إذا كان يغاب عليه وادعت المرأة تلفه، ووقعت فيه الشركة بالطلاق، والمقسوم من الشركة بين الورثة، ثم انتقضت القسمة بالدين أو بالغلط وقد تلف وهو يغاب عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا جنى عليها أجنبى، فللمبتاع ردها، وللبائع طلب الأجنبى.

قال اللخمى: الجناية: إما من البائع أو المشترى أو أجنبى، أو من غير آدمى، فإن قتله البائع [خطأ][2]: انفسخ البيع ولا شىء للمشترى؛ لأن المبيع معين هلك، أو عمدا: فللمشترى فضل القيمة؛ لأن التوفية حق له، ولم يوفه. وإن كانت الجناية فى دون النفس خطأ، خير المشترى بينه معيبًا بغير أرش، أو الترك؛ إذ لا ضرر عليه، أو عمدًا، كان له أخذه وقيمة العيب، ويدفع الثمن، وإن جنى المشترى خطأ جناية بيده:

(١) سقط فى ط.

(٢) أجمل بست مسائل وفصل بذكر خمس.

قال ابن القاسم: خير بين التمسك، أو الرد ونقص الجناية، وإن أفسده: ضمن الثمن كله، وعلى هذا: إن قتله غرم الثمن. وقال سحنون: القيمة.

قال: وهو أحسن؛ لأن الثمن فى الخيار لم يثبت، وليس بمنزلة من استهلك سلعة وقفت على الثمن.

وقال ابن القاسم: جناية العبد رضا. وقال أشهب: لا تكون رضا؛ لأنه قد يفعله غضبًا. وعلى الأول: يستوى القليل والكثير، ويعتق إن كان مثله، وإن جنى أجنبى، استوى العمد والخطأ، ويفسخ البيع فى القتل كفوات المبيع المعين، والقيمة للبائع قلت أو كثرت؛ لأنه على ملكه، ويأخذ جناية دون النفس، ويخير المشترى بين القبول بجميع الثمن، أو الرد.

وقال ابن حبيب: إن رضيه المشترى كانت له الجناية إذا جنى الأجنبى كأنه لم يزل منعقدا.

وفى الجواهر: هذا إذا كان الخيار للبائع، فإن كان للمشترى، وجنى البائع عمدًا فتلف المبيع، ضمن للمشترى الأكثر من الثمن أو القيمة؛ لأن له الأخذ بالتعدى، وإن لم يتلف، كان للمشترى أن يغرم البائع قيمة الجناية، ويأخذه معيبًا، وإن كانت الجناية خطأ، وأتت على النفس أو دونها، خير المشترى بين أخذه ناقصًا، ولا شىء له، أو الرد. فإن كانت الجناية من المشترى والخيار للبائع عمدًا أو خطأ، خير البائع بين أخذه بحكم الغرامة، وإمضاء البيع؛ لأن الخيار له، أو الخيار للمشترى، فإن جنى عمدًا، فقد تقدم الخلاف، فإن كان عيبًا مفسدًا، ضمن الثمن كله، وقال سحنون: [بل] القيمة. وأجرى ابن محرز هذا الخلاف [على الخلاف] فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن: هل يضمن ثمنها أو قيمتها؟

فرع: فى الجواهر: الغلة أيام الخيار للبائع بالضمان، فإن اشترى كبشًا وعليه صوف، فأمضى البيع، فالصوف للمبتاع؛ لأنه مشترى، وإن ولدت فى مدة الخيار وفسخ البيع، رجع مع أمه للبائع، وإن أمضى: فهل يتبع الأم[1]؛ كالخراج، لا كالغلة واللبن؟ قولان لابن القاسم، وأشهب، فعلى قول أشهب: يحصل تفرقة بين الأم والولد، فهل يفسخ البيع أو يجبران[2] على الجمع؟ قولان؛ نظرًا إلى أن

(١) فى أ، ط: إلا، والصواب ما أثبتناه.
(٢) فى ط: يخيران.

هذه التفرقة أوجبتها الأحكام، أو هى كالمدخول عليها. وإذا قلنا بالجمع: فهل فى حوز أو ملك؟ قولان.

قال أبو الطاهر: والأصل: جمع الملك، وقد اعترض فضل بن سلمة هذه المسألة، وقال: إنما أجازها ابن القاسم وأشهب، وإن أشرفت على الولادة؛ لأن البائع لم يخبر[1] المشترى بذلك، ولو أخبره لكان البيع فاسدًا، وحكى الفساد إذا جاوزت ستة أشهر عن عبد الملك.

قال ابن محرز: وما قاله غير صحيح؛ لأن المشهور: أنّ علم أحد المتبايعين بالفساد يفسد البيع، ولأن المسألة مبنية على أن المريض والحامل - وإن بلغا إلى حد الخوف - لا يمتنع بيعهما، إلا أن يكونا فى السياق.

قال أبو الطاهر: أنتج قوله وقول فضل الخلاف فى علم أحد المتبايعين بالفساد، وفى المريض إذا لم يبلغ السياق، ويمكن بناء المسألة على كلا الأصلين.

قال صاحب التنبيهات: والعذر - عندى - أن البيع وقع فى آخر السادس، ووضعت [فى] أول السابع، لا سيما على رواية ابن وهب، وخيار الشهر فى الرقيق، وقد يجهل الحمل البائع والمشترى.

[و] قال ابن يونس: قال محمد: للمبتاع رد العبد، قتل عمدًا أو خطأ، وإن أسلمه للجناية، وثمنه أكثر منها، فللمبتاع أن يفكه، ويكون للبائع بقية الثمن؛ توفية بمقتضى العقد، وإن كان الخيار للبائع والجرح خطأ، فهو على خياره، وله إلزامه المشترى، وله إسلامه للمجنى عليه؛ لأن له نقض البيع وإبرامه.

قال اللخمى: يخير المبتاع فى أيام الخيار بالزيادة والنقصان للبائع وعليه؛ لأنها على ملكه، فإن كان الخيار له وحدث به عيب، ثم أمضى البائع البيع، كان للمشترى الرد بالعيب، وإن زاد زيادة عن المعتاد والخيار للمشترى وقبله، كان للبائع منع إمضاء البيع. فإن كان غنما، فاحتلب لبنها وجزّ صوفها وولدت، كان اللبن للبائع؛ لأنه غلة، والصوف للمشترى؛ لتناول العقد إياه.

وقال ابن القاسم: الولد للمشترى فى أيام الخيار؛ لأنها لا تضع فى أيام الخيار إلا وهى وقت العقد ظاهرة الحمل.

---

(١) فى ط: يخير.

وقال أشهب: للبائع، كالغلة، وهذا في الغنم والإماء الوخش، وأما العلى، فللبائع مقال في الأم على رأى ابن القاسم، وإن كان الخيار للمشترى وقَبِلَ الأمة وولدها له إلا أن يقوم البائع بحقه فى الأم؛ لأن الحمل عيب، وقد ذهب العيب فى أيام الخيار، وكذلك إن أسقطته، أو مات فى العلى وقبلها المشترى، فللبائع ردها، لذهاب العيب، وعلى قول أشهب: له مقال فى الأم والولد، فإن أسقط مقاله فى ذهاب العيب، قبلها دون الولد.

فرع: فى الكتاب: إذا وُهب للعبد مال، أو تُصُدق به عليه فى مدة الخيار، فللبائع، وعليه نفقته.

وفى الجواهر: قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إلا أن يكون المشترى قد استثنى ماله، بخلاف ما وهب للمرهون لا يدخل فى الرهن، والفرق: أن المشترى ملك العبد وماله، والمرتهن [ليس](1) له حق إلا فيما جعل رهنًا خاصة.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى ثوبين، فضاعا فى أيام الخيار، ولم يصدق - لزماه بالثمن؛ لأن يده غير مؤمنة، كان أكثر من القيمة أو أقل؛ لأن له إمضاء البيع بالثمن، فإن ضاع أحدهما لزمه بحصته، فإن اشترى أحدهما والآخر أخذه منهما، فضاعا، ضمن أحدهما، وهو فى الآخر أمين، فإن ضاع أحدهما، ضمن نصف ثمنه؛ لدورانه بين الضمان وعدمه، وله أخذ الثانى ورده؛ لدورانه بين المبيع وغيره وهو يستحق بالعقد ثوبًا، وكذلك إذا قبض ثلاثة دنانير ليختار منها ثوبًا دينارًا، كان له دينار، فتلف اثنان - كان شريكًا.

قال أشهب: لو كان بدل الثوبين عبدين، فالهلاك من البائع، وللمبتاع أخذ الباقى؛ لأنهما لا يغاب عليهما.

قال ابن القاسم: للمبتاع أخذ الثوبين بالثمن الذى سمى فيما قرب من أيام الخيار، وينقض البيع، إلا أن يكون أشهد أنه اختار فى أيام الخيار، أو ما قرب؛ لأنه بعد أيام الخيار مدع، فإن أشهد فهو أمين فى الباقى، وهلاكه من بائعه.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: إن كان الهالك وجه الصفقة لزماه جميعًا، كضياع الجميع. ويتهم على تغييبه. والعبدان أو الثوبان على أن يختار أحدهما بثمن

---

(1) سقط فى ط.

واحد. أما لو قال: هذا بعشرة وهذا بخمسة، امتنع؛ لأنه بيعتان فى بيعة، إلا أن يكون على غير الإلزام، بل بالخيار، فيجوز؛ لنفى التزام الغرر، وأجازه ابن أبى سلمة على الإلزام إذا ستوى زنة أفراد الدراهم، وكأنه أخذ الذى بعشرة ثم رده؛ وأخذ الذى بخمسة، ووضع عنه خمسة، فصارت خمسة وثوبًا بثوب العشرة.

ولو اختلف وزن بالدراهم، هذه ناقصة وهذه وازنة، امتنع عند الجميع؛ لتحقيق الربا بين الفضتين(١).

وفى كتاب محمد: إذا اشترى ثوبًا من ثوبين من جنس واحد، والثمن واحد، فهلك أحدهما بيد المبتاع فى الخيار، أو دخله عيب - فهو بينهما، وعليه ثمن نصف كل ثوب؛ لاختلاط الأمانة، فصار من باب التداعى، فإن اختلف الثمن وألزم نفسه أحدهما على الوجوب، امتنع، ويضمن نصف قيمتهما إن هلكا، أو نصف قيمة أحدهما إن هلك، ويرد الباقى إن لم يفت لفساد العقد، فإن فات: فهو بينهما، وعليه نصف قيمته.

قال اللخمى: قال ابن كنانة: الضمان من مشترط الخيار، فإن أفات المشترى الثوب والخيار للبائع، لم يضمن؛ لأن المشترى قصد أخذه بغير خيار، فامتنع البائع ودفعه بخيار نفسه ومنفعته، وصار قاصدًا الائتمان، وإن بقى بيد البائع، والخيار للمشترى، ضمنه البائع على القول المشهور، وقول ابن كنانة. فإن قال المشترى: أنا أقبله، فعلى قول ابن القاسم: يحلف البائع: لقد ضاع، ويبرأ، وعلى قول أشهب: يحلف، ويغرم فضل القيمة على الثمن. فإن ضاع عند المشترى والخيار له:

قال ابن القاسم: يغرم الثمن بغير يمين، وكذلك إن كان الخيار وقيمته أقل من الثمن، وإن كانت أكثر، حلف: لقد ضاع، وغرم الثمن، فإن نكل، غرم القيمة.

قال أشهب: إن كان الخيار للمشترى غرم الأقل من القيمة أو الثمن، فإن كان الثمن أقل، غرمه بغير يمين؛ لأنه كان له أن يقيله، وإن كانت القيمة أقل، غرمها بعد اليمين، فإن نكل عن اليمين: فإن كان الخيار للبائع، غرم الأكثر من الثمن، أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر، وقال: أنا أجيز البيع. أو القيمة أكثر، قال: لا أجيزه، وأخذ القيمة، وأما الثوبان ففيهما أربع صور:

---

(١) فى ط: القصتين.

الصورة الأولى: أن يخير فى العقد والتعيين معًا: بأن يأخذهما ليختار[1] أحدهما أو يردهما فيدعى ضياعهما، فأربعة أقوال:

يضمن أحدهما بالثمن عند ابن القاسم؛ لأنه مقتضى العقد، والآخر بالقيمة؛ لأنه غير مبيع.

وأحدهما بالقيمة والآخر بالأقل من الثمن أو القيمة عند أشهب؛ لأن له رد المبيع.

وعن ابن القاسم: إن تطوع البائع وقال: اختر واحدًا منهما - ضمن واحدًا؛ لأنه جعله منافى الآخر، وإن سأل ذلك المشترى: ضمنهما؛ لعدم الأمانة فيهما.

وعند ابن حبيب: يضمنهما بالثمن؛ لأنه ينتقل بالخيار من ملك إلى هذا، فإن باع أحدهما، ضمن نصف ثمن التالف عند ابن القاسم، ويخير فى الباقى؛ لأن له ثوبًا بالعقد ولم يصل إليه.

وقال محمد: ليس له أن يختار إلا نصف الباقى؛ لأنه لم يبعه ثوبًا ونصفًا.

وفى الجواهر: إذا ادعى ضياع أحدهما جرى على الخلاف المتقدم، فعلى قول ابن القاسم: يضمن نصف ثمن التالف؛ لتردده بين المبيع فيلزم الثمن، أو الأمانة: فلا يلزمه شىء، وعلى قول أشهب: يضمن الضائع كله؛ لأنه يضمنهما جميعًا إذا ضاعا، وقال أشهب أيضًا: إذا أخذ الثانى كان عليه بالثمن، والتالف بالقيمة، وإن رده، فعليه التالف بالأقل من الثمن، أو القيمة. وإذا فرعنا على قول ابن القاسم: فله أن يختار كل الباقى، وقال محمد: ليس له أن يختار إلا نصفه. وسبب القولين: تغليب حكم التلف أو الامتثال.

الصورة الثانية: يخير فى التعيين دون العقد، فأحدهما لازم، ويرد الآخر.

ففى الجواهر: يخير على الخلاف المتقدم، فعلى قول ابن القاسم: يضمن واحدًا، وعلى قول أشهب، وابن حبيب: يضمن الاثنين، وعلى قول ابن القاسم الآخر: يضمن الراغب منهما فى الخيار، فإن شهدت البينة بالضياع، فلا بد من ضمان واحد؛ لأنه لازم للمبتاع. ويختلف فى الثانى: فعلى قول ابن القاسم: لا ضمان فيه، وعلى أصل أشهب: أن ما أخذ على الضمان لا يرتفع ضمانه بالبينة.

---

(١) فى ط: اختار.

فإن ضاع أحدهما، فقولان: التالف بينهما، والسالم بينهما، وعليه نصف ثمنهما. والقول الثانى: يلزمه نصف التالف، وله رد الثانى بمثل ما إذا كان بالخيار فى العقد والتعيين.

الصورة الثالثة: أن يكون مخيرًا فى أحدهما فى العقد والتعيين، وفى الآخر فى التعيين دون العقد، بأن يلزمه أحد الثوبين بغير عينه، وهو بالخيار فى الآخر.

قال اللخمى: إن ضاعا، ضمنهما اتفاقا، إلا أن تشهد البينة بالضياع، فلا ضمان- عند ابن القاسم - فى أحدهما؛ لأنه أمين - عنده - فيه، ويضمنهما عند أشهب. وعلى القول الآخر: لا ضمان عليه فيهما؛ لأن أحدهما على ملك صاحبه، والآخر كان له رده. وإن ضاع أحدهما، ضمن إلا أن تقوم بينة، ويلزمه نصف الباقى، ويكون بالخيار فى النصف الثانى، وعلى القول الآخر: له رده جميعه بنصفه؛ لأنه كان له رده، والنصف الآخر لعيب الشركة، وعلى قول سحنون: لا شىء عليه فى التالف؛ لضياعه على ملك ربه.

الصورة الرابعة: أن يكون بالخيار فيهما فى العقد فيأخذهما، أو يردهما فيضمنهما، إلا أن تشهد البينة، فإن ادعى ضياع أحدهما، ضمنه - عند ابن القاسم - بالثمن، وله رد الآخر بنصيبه من الثمن، وعلى قول أشهب: له رد الباقى ويغرم قيمة التالف، أو يمسك ويغرم ثمنهما.

قال صاحب النكت: إذا كان أحدهما على الإيجاب، وذهبت أيام الخيار وتباعدت - لزمه نصف ثوب، كانا بيده أو بيد البائع [له]، وإن كان على غير الإيجاب، لم يكن له شىء منهما، [كانا فى يده أو يد](1) البائع. والفرق: أن فى مسألة الثوب: وقع البيع فى متعين [، فسقط أن الأمر لزم](2)، وفى مسألة الثوبين: وقع على غير معين، فلم يعلم أيهما يختار [ه]، فاختياره بعد مدة الخيار اختيار بعد المدة.

وقال بعض شيوخنا فى مسألة الدنانير: معناها: أن التلف لا يعلم إلا بقوله.

---

(١) ف ط: كانا بيده أو بيد.

(٢) فى ط: نقصان الأمر يلزم.

وليس بصحيح على ما تقرر[1] فى مسألة الثوبين، إذا كان أحدهما على الإيجاب: أنه يضمن. وإن قامت البينة.

قال صاحب التنبيهات: لو أخذ الدنانير ليزنها[2]، إن كان فيها وازن أخذه، لم يضمن منها شيئًا؛ لأنه أمين، أو لتكون رهنًا، ضمن، وقال ابن حبيب: الدينار الواجب من حامل الدنانير إذا لم يشك أن فيها وازنًا. أما إن جهل ذلك، فيرجع عليه بدينار بعد حلفه ما وزنها، إلا أن تكثر الدنانير، ويعلم أن مثلها لا يخلو من الوازن.

وقال بعض القرويين فى الثوبين يختارهما جميعًا أو يردهما: إن كان الهالك أفضلهما اتهم فى تغييبه، فيلزماه؛ كما لو ضاعا. وفى الثوبين يختار أحدهما، إذا قال بعد هلاك أحدهما: هلك بعد اختيارى هذا الثانى - ففى كتاب محمد: يصدق، وفى المدونة: لا يصدق إلا أن تشهد البينة.

فرع: فى النكت: ما ادعى ضياعه إذا اشترى على الخيار مما لا يغاب عليه.

قال بعض القرويين: لابد من يمينه، كان متهمًا أم لا، وكذلك فى العارية والإجارة، بخلاف الوديعة؛ لأنه قبض لمنفعته، ونفع قبض الوديعة لربها إلا أن يتهم فى الوديعة.

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا ادعى المشترى للعبد، أو الحيوان - بالخيار - الهلاك عنده: إن كان له جيران، ولم يعلموا ذلك، ضمنه، وإلا صُدق، وكذلك المرتهن للعبد ومشتريه للغير؛ لأنهم أمناء، وإنما يضمنون للتهمة، وقيل: يكلفه البينة، وإن علمه الجيران؛ لأنه ضامن إذا لم يأت بالعدول.

وفى الكتاب: ضمان ما لا يغاب عليه، أو ثبت هلاكه ببينة مما يغاب عليه - من البائع، وإن قبضه المبتاع، وإن لم يثبت ما يغاب عليه: فمن المبتاع بالثمن، وكذلك إذا فسد العقد باشتراط النقد، ويرد النقد.

قال صاحب البيان: إذا اشترط الخيار لأربعة أشهر، وقبض المشترى - فمن البائع الضمان، وإنما يدخل المبيع الفاسد فى ضمان المشترى بالقبض إذا لم يكن؛

---

(١) فى ط: يقدر.

(٢) فى ط: لوازنها.

لأن الضمان فى بيع الخيار من البائع.

وفى الكتاب: إذا اشترط بشرط فتعيَّبَتْ فى أيام الخيار، فعلم بها ورضيها، وحدث عيب آخر بعد أيام الخيار والقبض، ودلس البائع بعيب آخر - إن شاء حبسها، ووضع قدر عيب التدليس من قيمتها يوم القبض؛ لأنه بيع فاسد وجبت قيمته، فهى كالثمن، أو يردها وما نقصها، ولو لم يحدث عنده عيب مفسد، لكن تغيرت فى سوقها أو بدنها: ردها بالعيب؛ لأن حوالة الأسواق لا تفيت العيب وله حبسها بقيمتها يوم قبضها.

قال صاحب التنبيهات: اختلف الشيوخ: هل يصح العقد بإسقاط النقد المشترط كالسلف أم لا؟

فرع: قال ابن يونس: إذا ابتاع ثوبين من رجلين على الخيار، واختلطا، وادعى كل واحد أجودهما - لزمه الثمنان إذا اتفقا فى الأثمان، واختلفا فى الثوبين. ولو قالا: ثمن الأجود عشرة، وقال المشترى: بل أحدهما كان بعشرة، والآخر بخمسة، ولا أدرى مَنْ ثوبه بعشرة - يحلفان، ويخير المشترى بين دفع العشرة لكل واحد وأخذ الثوبين، أو دفع الأجود لأحدهما، ودفع عشرة للآخر. فإن ادعى حيث اتفقا على الثمن: أنه يعرف ثوب كل واحد منهما، صدق مع يمينه؛ لأنه غارم، فإن نكل البائعان: دفع المشترى الأرفع إليهما، وترك الأدنى حتى يدعياه.

قال ابن القاسم: إن اختلف ثمن الثوبين، وتداعيا الأعلى، فإن عين كل واحد ثوبه: حلف وبرئ، وإن أشكل عليه تعيينه، لزماه؛ فيدفع الأرفع - لمن شاء - ويغرم للآخر ما سمى له إن شاء. فإن جهل تعيينه، ومن ثوبه الأعلى، دفع لكل واحد الثمن الأعلى بعد حلفهما، أو حبس الثوبين؛ لأنه مفرط.

قال اللخمى: لو قطع أحدهما وجهل الثانى لأيهما، ولم يعرفاه - يحلفان: أنه ليس لهما، ويغرم ثمن الثوبين.

قال مالك: فإن كان المقطوع الأعلى، ويشك لمن هو، وكلاهما يدعيه - حلفا، وغرم ثمنه وقيمته، وتكون القيمة والثمن بينهما، إلا أن تزيد القيمة على ثمن الأعلى؛ فيسقط الزائد لرضاهما بالثمن، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فللحالف الثمن، وللآخر الثوب المردود، فإن أنكر المقطوع والباقى، غرم لكل واحد ثمنه؛ لتفريطه.

فرع: فى الكتاب: إذا رده فى مدة الخيار، فقال البائع: ليس هذا المبيع - صدق المبتاع مع يمينه، كان يغاب عليه أم لا؛ لأن الأصل: عدم شغل ذمته.

فرع: فى الكتاب: إذا ادعى المبتاع الإباق أو السرقة فى مدة الخيار بموضع لا يجهل - صُدق مع يمينه فيما لا يغاب عليه، إلا أن يقوم ما يدل على كذبه، ولا يقبل الموت إلا ببينة؛ لأنه لا يخفى على أهل الموضع، وإن لم يعرف كذبه: صُدق مع يمينه.

فرع: قال صاحب الخصال: إذا باع قبل أن يختار، فالربح للبائع الأول إلا أن يدعى البيع بعد الاختيار. وقيل: يخير البائع بين إجازة البيع وأخذ الثمن، وبين رده؛ لأن المشترى باع بيعَ فضوليٍّ.

قال الأبهرى: يحرم البيع حتى يختار؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع ما لم يضمن[1]، فإذا أراد البيع: أشهد على الاختيار.

النوع الثالث - خيار النقيصة:

وهو الخيار الذى يثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شَرطىٍ، أو قضاء عرفىٍ، أو تغرير فعلى، أو خداع ملى، وهو ينقسم ثلاثة أقسام:

القسم الأول - فى نقيصة الشروط والعيوب والتغرير:

ويتجه النظر فى الأسباب المبينة، والأحكام المرتبة، والموانع المبطلة:

النظر الأول - فى الأسباب:

السبب الأول: الشرط، وهو الأصل؛ لأنه تصريح، وما عداه ملحق به؛ تنزيلًا للسان الحال منزلة لسان المقال.

وفى الجواهر: مهما شرط وصفا يتعلق بفواته نقصان مالية - ثبت الخيار بفواته، وإن شرط ما لا غرض فيه، ولا مالية له: لا يثبت الخيار؛ لعدم الفائدة - وإلغاء الشرط.

وقال أبو الطاهر: يتخرج فيه خلاف من الخلاف فى التزام الوفاء بشرط ما لا يفيد.

وإن شرط ما فيه غرض ولا مالية فيه، فقولان فى الوفاء به، وأصله: قوله - عليه

---

(١) يدل عليه ما أخرجه البخارى (٢١٢٦)، ومسلم (٣٢/١٥٢٦) عن ابن عمر.

السلام -: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1].

فرع: قال: فإن ظهر المبيع أعلى مما اشترط، فلا خيار للمشترى؛ لحصول غرضه، إلا أن يتعلق بشرطه غرض متجه، وقاله (ش) خلافًا لابن حنبل.

قال اللخمى: فإن كان مما تختلف فيه الأغراض، فله الرد؛ لأن اختلافها نقص فى الحكمة، فإن شرط أنها مسلمة، فوجدها نصرانية، أو لم يشترط، فله الرد، إلا أن تكون من السبى؛ لأن الكفر نقص، وقاله (ح)؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وقال (ش)، وابن حنبل: ليس بعيب؛ لأن عقد البيع يعتمد وصف المالية؛ بدليل أن ما لا يتمول لا يصح بيعه، والإسلام [لا] يتمول؛ فلا يتناوله العقد؛ فلا يجب به الرد.

وجوابه الآية: أن الأفضلية لا تقتضى النقص فى الطرف الآخر؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] ومن ليس بأتقى ليس بناقص إجماعًا.

والجواب: لا نسلم أن وصف الديانة غير متمول؛ لأن المتمول ما بذل العقلاء الثمن لأجله، لا يباع وحده؛ بدليل الجمال أو النسب لا يباع وحده وديانةً تنقص.

وإن شرط الكفر، فوجدها مسلمة، فلا رد؛ لعلو الإسلام وقال محمد: إلا أن يقول: أردت زواجها من عبد نصرانى لى، ويعلم ذلك.

وإن شرط أنها نصرانية، فوجدها يهودية، فله الرد إن كانت رغبة الناس إلى النصرانية أكثر.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترط العجمة أو من الجلب من الرقيق، فوجده فصيحا أو مولدًا - فله الرد؛ لرغبة الناس فى الأعجمى والمجلوب؛ لينشأ على خُلُقهم، قاله ابن القاسم.

قال الأبهرى: إذا اشترط البكارة، وقال: لم أجدها - ينظر النساء إليها، فإن رأين بها أثرًا قريبًا، حلف البائع، ولزمت المبتاع، وإن لم يرين شيئًا قريبًا، حلف المبتاع، وردها. فإن نكل، حلف البائع، ولزمت المبتاع.

---

(١) تقدم.

قال ابن يونس: وعن ابن القاسم: ليس فيها تحالف، بل يلزم شهادة النساء بالافتراع لأنه يختص بهن.

فرع: فى الكتاب: قال صاحب البيان: إذا اشترط على البائع: إن أبق فهو منه، [فأبق - قال ابن القاسم: هو من المبتاع؛ لأنه غرر، كما لو اشترط عليه: إن مات فهو منه،] كان العبد عرف بعيب الإباق أم لا.

فرع: إذا اشترط فى الحب الزراعة، فلم ينبت، والبائع عالم أو شاكّ - رجع بجميع الثمن؛ لأن البائع غره، والشراء فى إبان الزراعة بثمن ما يزرع كالشرط. وإن اشتراه للأكل، فزرعه، لم يرجع بشىء، إلا أن يكون ذلك ينقص من طعمه أو فعله؛ فيرجع بقيمة النقص. ولو اشتراه للزراعة.

قال ابن يونس: فإن شارك بهذا غيره، فنبتت زريعة الغير دونه - فإن دلس البائع، رجع عليه بنصف المكيلة، ونصف كراء الأرض التى أبطل عليه، وإلا بنصف قيمة العيب، وما ينبت فى الوجهين بينهما، قاله أصبغ. وقال سحنون مثله، إلا فى الكراء: سكت عنه، وزاد: إن دلس دفع نصف المكيلة زريعة صحيحة، ودفع إليه شريكه نصف مكيلة لا تنبت، وهذا إذا زال الإبان، وإلا أخرج زريعة صحيحة.

فرع: فى البيان: إذا نادى الذى يبيع الجارية فى الميراث: أنها تزعم أنها عذراء، أو غير ذلك، ثم وجد خلاف ذلك - له الرد، ولا ينفعهم أنها تزعم؛ لأنهم لم يكذبوها، فهذا كالشرط.

فرع: فى الكتاب: صدع الدار إن خيف من سقوط ردّت به، وإلا فلا.

قال اللخمى: قال محمد: إذا لم يرد رجع بقيمة العيب، وكذلك كل عيب؛ لأن العيب فى معنى جزء من المبيع يقر عند البائع.

قال: وأرى: إن كان الصدع فى حائط واحد لا يرد، وإن خشى السقوط؛ لأن استحقاق حائط واحد لا يوجب الرد، فأولى العيب، وإن كان ذلك الحائط يلى دار البائع، وإن رد إليه انتفع به، رده وحط من الثمن بقدره.

قال صاحب التنبيهات: وعن مالك: الدار وغيرها سواء، لا ترد بالعيب اليسير؛ لاغتفار الناس ذلك غالبًا، وعنه: ترد الدور وغيرها من مطلق العيب؛ لأن الأصل: استيفاء أجر المبيع وصفاته.

وقال المخزومى: إن نقص العيب ثلث القيمة رد، وإلا فلا.

وترد الدار بغور البئر، وملوحة مائها فى البلاد العذبة الماء. وكذلك كل ما شمل الدار ضرره بالاتفاق، وبفساد مطامرها[1]، وضعف أساسها وحيطانها، وأصل هذا الباب: ما حط من الثمن كثيرًا، واختلف فيه: فقال ابن أبى زيد: بعظم الثمن. وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: الثلث كثير. وقال ابن عتاب: الربع كثير. وهو نحو قول المخزومى، وقيل: لا حد إلا وجود الضرر، وقال ابن العطار: مثقالان قليل، وعشرة كثير. وقال ابن رشد: عشرة من مائة كثير.

قال صاحب النكت: عيوب الدار ثلاثة أقسام:

عيب لا ترد الدار منه ولا يرجع على البائع من أجله، ليسارته. وعيب لا ترد منه ويرجع بقيمته؛ كصدع فى حائط ونحوه. وعيب يُرد منه: ما يخشى منه سقوط الدار، وسقوط الحائط من أجل الصدع الذى فيه. والدور تفارق السلع؛ فإن استحقاق جدار منها لا يوجب ردها، وكذلك استحقاق حمل الجذوع، ولا يرجع المشترى بشىء؛ ليسارته فى الدور إلا أن يشترط على البائع أربع جدرا. فإن غالب الدور لا تبرأ عنه، وإذا استحق منها الأقل لزم الباقى بحصته. ووجب الرجوع بقيمة العيب فيها؛ لأن الغالب شراؤها للقنية دون التنمية، وغيرها يشترى للتجارة؛ لذلك لا يفيتها حوالة الأسواق فى البيع الفاسد.

قال ابن مزين: ولأنها ليست لها سوق تباع فيه، فيعسر على البائع بيعها على تقدير الرد، وعلى المشترى شراؤها؛ فاغتفر اليسير، وقد قال مالك: يرد الثوب بالعيب الخفيف، بخلاف الرقيق.

السبب الثانى - القضاء العرفى:

لأن العرف والعادة سلامة الأشياء من العيوب الطارئة أو النادرة. فوجودها يوجب الرد.

وفى الجواهر: المثبت للخيار: منه ما أثبت نقصا فى المبيع كالخصاء؛ فإنه قد يزيد فى الثمن، أو فى التصرف: كالأعسر، أو خوفًا فى العاقبة: كمن كان أبوه أو جده مجذومًا؛ فإنه يخشى ذلك فى الذرية. ثم ذلك يكون نقصان وصف الجنس. وبزيادة: كالسرقة، ونقصان عين: كالخصاء، ولا نقصانه بزيادة الرغبة فيه من وجه آخره.

---

(١) فى ط: مظاهرها.

ومدرك اعتبار هذا السبب: قوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وحديث المصراة[1]، وسيأتى - إن شاء الله -، والإجماع منعقد عليه من حيث الجملة، [وضابط حدوث العيب: أن كل حادثة يكون فيها ضمان المبيع باقيًا من البائع، فحدوث العيب فيها يوجب الخيار للمبتاع، وكل حالة انتقل الضمان فيها للمبتاع، فحدوثه - حينئذ - لا يوجب له خيارًا، وقد تقدمت بعض فروعه فى السبب الأول، ونذكر منها ههنا نبذًا:

فرع: فى الكتاب: إذا وجد الجارية رسحاء[2] وهى الزلاء - فليس بعيب، بخلاف الزعر فى العانة، والدين على العبد والزوج والزوجة والأولاد، وزنى الأمة من الوخش، واللعية فى الرقيق.]

فرع: [قال اللخمى:][3] وإذا وجد العبد النصرانى أغلف، وهو ممن يختتن، وجاوز سن الختان - فله الرد، وإن كان ممن لا يختتن، أو لم يجاوز، لم يرد، وخفض الأمة أخف من الختان، وقيل: [فى] مثله.

قال ابن يونس: عدم الختان فى الرقيق المجلوب الذى لا يختتن ليس بعيب، وفيما طال مكثه عند المسلمين أو ولد عندهم عيب فى علىّ الإناث والذكور، دون وخشها.

قال ابن حبيب: إذا كانا مسلمين، أو من بلاد المسلمين فعيب فى العلى والوخش، إلا فى الصغيرين الذين لم يفت ذلك فيهما.

فرع: وفى الكتاب: إذا أراد اتخاذها أم ولد، فإذا نسبها من العرب، فخاف جر العرب ولاءها دون ولده إذا ولدت وعتقت - ليس ذلك بعيب؛ لأنه غير مقصود العقلاء.

قال صاحب التنبيهات: المراد: لم يشترط اتخاذها أم ولد، ولو اشترط فسد العقد، لكن نواه، وظاهر اعتقاده ملك جر العرب الولاء دون المعتق.

وقال سحنون: وأصحاب مالك مجمعون على أن الولاء للمعتق فى العجم، وأما فى العرب فلا، ولا فيهم لمعتقهم، ولا رد لهذا المشترى؛ لأنها قد تموت قبل

---

(١) سيأتى تخريجه.

(٢) فى ط: ريحاء.

(٣) سقط فى ط.

ذلك، وقيل: معنى قوله: يجر العرب ولاءها، أى: يشتهر نسبها بأبيها، فينسى به معتقها، وإلا فالولاء للمعتق.

فرع: قال ابن يونس: إذا شترط العجمة فله.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الرسحاء - بالسين والحاء المهملتين -: التى لا ألية لها، وهى الزلاء. والزعراء: التى لا شعر على فرجها أو حاجبيها أو غيرهما؛ لأن عدم الشعر يدل على رطوبة الفرج ورخاوته. وقوله: لعية - بكسر اللام وفتح العين - أى «الزنى» من العى وهو الجهل تشتهى القبائح بذلك؛ لأن فاعلها جاهل بعذاب الله تعالى. والوخش - بسكون الخاء -: الحقير من كل شىء.

وقال ابن يونس: قال ابن حبيب: الزلاء: عيب، إلا أنه لا يخشى على المبتاع.

قال بعض شيوخنا: لو اشتراها غائبة على الصفة، كان له الرد، وعن مالك: صغر الفرج ليس بعيب إلا أن يتفاحش.

قال محمد. يريد مالك بالزعر فى العانة: إذا لم يكن شعر فيها ولا فى ساقيها ولا جسدها؛ لأنه يدل على حدوث الأدواء الردية.

وألحق ابن حبيب الأبوين بالزوجين بجامع تعلق القلب، وخوف الإباق إليهما عند السفر به إلا أن يموت جميع ذلك قبل الرد، إلا أن تكون الأمة رائعة فالزوج عيب، وإن مات لعادت.

قال بعض القرويين: فى هذا نظر؛ لأنه لو وهبها لعبده يطؤها، ثم انتزعها - لم يكن عيبًا، فما الفرق؟! والأخ والأخت والجد ليس بعيب؛ لبعدهم قياسًا على الصديق، والجدة أشد.

قال: وأرى: أنها عيب؛ لأنه يأوى إليها.

قال ابن القاسم: والزنى عيب فى العبيد - أيضًا - كالأمة، وقاله (ش)، وابن حنبل، وبالمذهب قال (ح) ؛ لأن العبد لا يراد للفراش والاستمتاع. وخالفنا فى كون الرقيق ولد زنى: (ش)، وابن حنبل؛ لأن النسب[1] فى الرقيق غير مقصود. ووافقنا (ح) فى الأمة فقط؛ لأنها تراد للفراش.

وفى كتاب محمد: إذا غُصِبت عيب، وعن مالك: أن عيب اللعية يختص بالعلى

(١) فى أ، ط: السبب، والصواب ما أثبتناه.

إلا أن يكتبه البائع ويرد به الوخش، وعن مالك: هو عيب فى الإماء مطلقًا، وفى علىّ الذكور، والجهل بالأب ليس بعيب، وكذلك سواد أحد الأبوين، وعن مالك: هو عيب فى الجارية تشترى للفراش؛ لتوقع سواد الولد، وجذام أحد الأبوين والجدين عيب فى الذكور والإناث والوخش؛ لتوقع ذلك به، وإذا قال أهل المعرفة: به جذام لا يظهر إلا بعد سنة:

قال ابن القاسم: لا يرد، وأنكره محمد.

والعبد الذى لا حاجب له، عيب؛ لتوقع جذامه، وكون العبد يؤتى، والأمة مذكرة مشتهرة بذلك، عيب، ولين كلام العبد وتذكر كلام الأمة: ليس بعيب، قاله مالك، وهو خلاف المدونة، قاله أبو محمد. وقيل: ليس بخلاف؛ لاشتراط الشهرة فى الأمة دون العبد؛ لأن قوتهما ونشاطهما باقيان، فعيبهما بالشهرة فقط، والعبد تذهب قوته ونشاطه.

قال صاحب التنبيهات: حمل أبو محمد التخنث على الأخلاق دون الفاحشة؛ لدلالة ذلك على ضعف الأفعال فى الرجال، ودلالة التذكر على أن النساء يستغنين عن الرجال، فإذا لم يشتهر ذلك فليس بعيب؛ لحصول المقاصد، وقاله أبو عمران.

قال: وأرى ذلك فى العلية عيبًا وإن لم يشتهر؛ لمنافاته التبعل؛ فإن النساء يطلب منهن لين الكلام. وقال ابن حبيب: المراد: الفاحشة، والكلام فقط ليس بعيب فى الذكور والإناث وروى: واشتهرا بذلك بالبينة.

قال اللخمى: فيحمل قوله فى الزلاء على الخفيف الذى لا ينقص الثمن، ويصدق المشترى فى خفائه عليه.

فرع: فى الكتاب: ارتفاع الحيض فى الاستبراء عند المبتاع عيب إذا طال؛ لمنع المبتاع الوطء، ولم يحد مالك الشهرين، بل ينظر فى ذلك الإمام، ولا ينفع البائع البينة: أنها حاضت قبل البيع بيوم؛ لأنها فى ضمانه فى المواضعة إلا فى التى لا تتواضع، فمن المبتاع؛ لأنه عيب حادث.

قال اللخمى: ولو اشتراها فى أول دمها كان عيبًا؛ لأنه لو أراد البيع لم يقدر على قبض الثمن إلا بعد المدة. وعن مالك: تأخير الحيض شهرًا أو نصفًا يوجب الرد للبائع والمشترى لنفقة البائع، والطول على المشترى، وفى كتاب محمد: الرد بعد أربعة أشهر. وإن حاضت، ثم تمادت استحاضتها، لم ترد على القول بأن المحبوسة

بالثمن: من المشترى، وعلى القول بأنها من البائع، ترد. وإن قبضها أول الدم، فتمادى استحاضة: فله الرد؛ لاحتمال الاستحاضة قبل هذا الحيض، بخلاف شرائها فى بقائه، إلا أن يظهر عدم الاستحاضة بالبينة أو بالقرائن.

وعن مالك: إذا كان الرقيق من العلى، وظهر أنه ابن زنى وهو ينقص الثمن - فهو عيب فى العلى دون الوخش، وقاله ابن شعبان فى الجارية العلى؛ لأنها تتخذ للولد بخلاف العبد.

فرع: قال ابن يونس: الجارية تدعى الحرية أو الإسقاط من سيدها: عيب منفر.

فرع: قال مالك: إذا وجد خوف السياط حصر يصيبه ذلك من ضرب - ليس بعيب؛ كما لو ظن السمن، فلم يجده.

فرع: فى الكتاب: الحمل عيب فى العلى والوخش؛ خشية الموت عند الوضع. وصهوبة الشعر عيب، والشيب عيب فى الرائعة دون غيرها.

قال اللخمى: الصهوبة إذا كانت لا تناسب كونها عيبًا، وإلا فلا، إلا إن سَوِدَ أو جَعِدَ وكان يزيد فى ثمنها، ردت به، وظاهر قوله أن قليل الشيب عيب، و [قال:][1] خالف بن عبد الحكم.

قال ابن يونس، عن مالك: الحمل ليس بعيب فى الوخش؛ لحصول السلامة غالبًا.

قال اللخمى: إن كان العيب تختلف الأغراض فيه، فاطلع عليه مَن هو عنده عيب- رد، وإن كان زائدًا فى الثمن، وإلا فلا، إلا أن يشترط كالمعينة، والصقالبة، والحمل اليوم عيب عند الحاضرة دون البادية. واختلف فيما يكرهه المشترى ولا ينقص الثمن: هل له الرد أم لا؟ قال: والرد أحسن، وإن فات مضى بالأقل من الثمن أو القيمة، ويختلف فى تفويت حوالة الأسواق، وتفويت العيوب، وإذا كان أحد الأبوين بالجذام[2]: لم يرد، أو بفساد الطبائع، رد؛ لتوقعه فى النسل.

فرع: [قال:][3] وإذا كان العيب لا يعلم عند البيع إلا بعد القطع والتصرف - كعيوب المرض الداخلة ونحوه - فثلاثة أقوال:

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: بالحق لم.
(٣) سقط فى ط.

قال مالك: لا يرد بعد التصرف؛ لأن عليه دَخَلَ المتبايعان.

وقال ابن حبيب: إن كان من أصل الخلقة لم يجده بعد القطع، فلا قيام به، وما حدث بعد الصحة: كالسوس والعفن[1]، فقد يعلمه بعض الناس؛ فله الرد.

قال الأبهرى: يرد فى ذلك كله؛ لدخول المتبايعين على السلامة إلا أن يكون ذلك معلومًا عادة.

قال: على هذا تكلم مالك بقوله: وعليه دخل المتبايعان.

قال: واختلف فى الجلود تقطع خفافًا ونحوه، قيل: هى مثل السلب يقوم بالعيب.

وقال ابن حبيب: هى مثل الخشب ما كان من أصل الخلقة كالجوزى فلا قيام، والحادث من الملح وحرارة الشمس[2]، فله القيام.

وقال مالك: الجوز والراسخ، وهو الجوز الهندى: كالخشب، لا قيام فيه.

وقال محمد: ذلك فيما كثر كالأحمال، إلا أن يكون كله فاسدًا أو أكثره؛ لإمكان معرفة القليل، وأنكر مالك رد الفقوس والقِثاء بالمرارة، وقاله الأئمة.

وقال أشهب: إن وصل إلى ذلك بعود فله الرد فى الواحدة والاثنتين، أما الأحمال فلا.

قال محمد: إلا أن يكون أكثره؛ لأن الكثير لا يخفى عن البائع. ويرد - على رأى الأبهرى - مطلقًا.

ويرد البيض الفاسد عند مالك، و (ش)، وابن حنبل، ولا شىء عليه فى الكثير إذا دلس البائع، وإلا لم يرد، ويرجع بالأرش إن كان ممروقًا[3]، وأما ما لا ينتفع به: يرجع بجميع الثمن، دلس البائع أم لا؛ لعدم قبوله البيع.

قال ابن القاسم: إن وجد فساده بحضرة البائع، رد البيع، أو بعد أيام: لم يرد؛ لاحتمال فساده بعد العقد.

قال ابن يونس: قال مالك: لا يرد بالخفيف العيب: كالكى الذى لا ينقص الثمن، وإن كان عند النخاسين عيبًا.

قال ابن القاسم: إلا أن يخالف لون الجسد.

---

(١) فى ط: القمل.

(٢) فى الأصل: السمن، والصواب ما أثبتناه.

(٣) فى ط: مسروقًا.

ونزع السن عيب في الرائعة في مقدم سنها ومؤخره دون العيب، والدنية، وأكثر من السن الوحدة عيب في الجميع. والعسر في الجارية والعبد عيب، والأضبط الذي يعمل بيديه ليس بعيب، إذا بقيت قوة اليمين على حالها.

السبب الثالث - التغرير الفعلى، وفيه بحثان:

البحث الأول - في حد السبب:

وفي الجواهر: حده: أن يفعل البائع فعلا يظن به المشترى كمالا، فلا يوجد كذلك، وأصله: قوله - عليه السلام - في الصحاح: «لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ لِلبَيْعِ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَم، فَمَن ابْتَاعَها بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحلُبَهَا: فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»(١) قال صاحب التنبيهات: المُصَراة: المتروك حِلابُها ليجتمع اللبن، فيغتر مشتريها بِكبر ضرعها، وأصل هذه اللفظة: الاجتماع، ومنه: الصرّاء: للماء المجتمع، والصراة بالعراق؛ لأنه مجتمع المياه، ومنه قوله - تعالى -: ﴿فَأَقْبَلَتِ ٱمْرَأَتُهُۥ فِى صَرَّةٍ﴾ [الذاريات: ٢٩] أي في نساء مجتمعات، ويقال: صريت الماء في الحوض، واللبن في الضرع: بالتخفيف والتشديد، وليس من الصر الذي هو الربط، والإبل مصرّاة، مع أنه وقع في المدونة مصرورة، والصواب في لفظ الحديث: تُصَرُّوا الإبل» بضم التاء وفتح الصاد، وفتح اللام من «الإبل»، كقوله - تعالى - ﴿فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النجم: ٣٢] ؛ لأن «صراء» مثل «زكاء». وكثير يقرءونه بفتح التاء وضم الصاد، وهو لا يصح من «صرّى» رباعيًا بالألف، بل من «صر» ثلاثيا بغير ألف. ومنهم من يضم لام الإبل؛ مفعول ما لم يُسم فاعله.

وقال الخطابي: يجوز أن تكون «المصراة» بمعنى «المصررة» فأبدلت إحدى الرائين ألفًا؛ كقولهم: «تقضى البازى» أي: تقضض، ومنه قوله - تعالى -: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّىٰهَا وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّىٰهَا﴾ [الشمس: ٩، ١٠] أي: من دسسها فأبدلت السين ألفا، وقوله - تعالى -: ﴿ثُمَّ ذَهَبَ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ يَتَمَطَّىٰٓ﴾ [القيامة: ٣٣] أي: يتمطط، فأبدلت الطاء الثانية ألفًا.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٦١)، في البيوع: باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل (٢١٥٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٥)، في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١/ ١٥١٥).

وفى الكتاب: هذا الحديث ليس فيه رأى لأحد.

قال صاحب التنبيهات: وهذا يدل على تقديمه الخبر على القياس، وهو مشهور مذهبه، خلاف ما حكاه عنه البغداديون.

وفى الكتاب: فى معنى التصرية: تلطيخ العبد بالمداد؛ ليظن أنه كاتب، ونحو ذلك من التغرير الفعلى قائم مقام الشرط اللفظى؛ لأن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال. وقاله (ش)، وابن حنبل. وقال (ح): ذلك ليس بعيب حتى فى التصرية، واتفق بعض أصحابنا مع الأئمة على أنه لو علفها وملأ خواصرها؛ ليظنها حاملًا، ولطخ أطراف أنامله بالمداد، ووضع فى يده أقلامًا؛ ليظنه كاتبًا - أن ذلك ليس موجبًا للرد؛ لقلة وقوع مثل هذه الأمور لغير هذا الغرض، فَجَزْم المشترى بذلك وَضْعٌ للظن فى غير موضعه.

قال صاحب الإكمال: وعن مالك: عدم اعتبار الحديث، تقديم للقياس عليه فى المصراة، ولا يرد شيئًا، وجعل الخراج بالضمان، ولمالك: يرد ما حلب تمرًا. وقال بعض أصحابنا: إذا رضى بائعها بقبولها جاز، ومنع غيره؛ لتولد اللبن بعد الشراء، فيكون إقالة بزيادة.

احتج (ح) على أن التصرية ليست بعيب، ولا توجب الرد - بالقياس على ما إذا رأى ضرعها كبيرًا، وظنه لبنًا، وأنه لا يرد اتفاقًا.

والجواب عن الحديث من وجوه:

الأول: أنه من حديث أبى هريرة، وهو كثير الحديث جدًّا، وقد قال النخعى: كانوا لا يقبلون حديث أبى هريرة إلا فى الثواب والعقاب، دون الأحكام.

الثانى: اضطراب منه، فرواه: «صاعا من تمر» و «صاعًا من طعام»، أو «مثل لبنها قمحًا».

الثالث: أنه مخالف للأصول؛ لأنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط، بل نقصان اللبن لو كان عيبًا لرد به من غير تصرية، ولأنه قدر الخيار بثلاثة أيام، والخيار لا يتقدر إلا بالشرط، ولأنه واجب بدل اللبن مع قيمته، والأعيان لا تضمن بالبدل إلا مع فواتها؛ لأنه أوجبه تمرًا. واللبن يضمن اللبن، ولأنه قدره بصاع مع اختلاف البدل، والأصل: مساواة البدل للمبدل، ولأنه يؤدى للجمع بين الثمن والمثمن للبائع؛ فإن الصاع إنما كان ثمنه ثمن الشاة، ولأنه يؤدى إلى الربا؛ لأنه قد يبيع الشاة

بصاع تمر، ثم يردها مع صاع؛ فيكون قد باع شاة وصاعًا بصاع، فهذه سبعة أوجه من المخالفة للأصول، وهو خبر واحد، والأصول متواترة، والمتواتر مقدم على الآحاد - عند التعارض - إجماعًا.

والجواب عن الأول: المعارضة بالقياس على تسويد الشعر، فإنه - عنده - يوجب الرد.

وعن الثانى: المعارضة بقول البخارى: روى عن أبى هريرة سبعمائة من أولاد المهاجرين والأنصار، وما من مصنف فى الصحاح إلا وفيه رواية أبى هريرة.

وعن الثالث: أن الاختلاف لا يضره؛ فإن الروايات كلها متفقة على العيب والخيار، فالمقصود لا اضطراب فيه.

وعن الرابع: أنه ليس من شرط الشرع ألا يشرع حكما، وإلا لكانت الشريعة كلها متماثلة، وهو خلاف الإجماع.

فالسلم والقراض والإجارة والحمالة وغرة الجنين، وجزاء الصيد: كلها على خلاف الأصول، فلذا أخبر الشرع عن حكم وجب اعتقاده لمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر.

وأما قولكم: الأصول متواترة، فتخصيص القرآن المتواتر بالقياس وخبر الواحد جائز؛ فكذلك تخصيص الأصول التى هى أضعف منه فى النقل من القرآن، ثم إنا نجيب عن التفصيل فنقول: أما قولكم: ليس بعيب، فلا نسلم؛ لأنا لا نعنى بالعيب إلا فوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه عن شرط أو عرف أو تغرير، وهذا نشأ الظن فيه عن تغرير، وإنما التغرير بالمدة، فليوقف ظهور التدليس على ذلك الحد، وضرورة الخيار. والرد بالعيب لم يتوقف على حد. فلذلك لم يحد، وأما البدل مع بقاء العين: فلتعذر رد العين باختلاطه مع لبن المشترى الحادث بعد العقد؛ فهو فى معنى المعدوم، وأما تقديره بالصاع فلتقليل الخصومات بعدم الانضباط، كالغرة فى الجنين مع اختلافه. وكذلك الموضحة مع اختلافها، واختلاف المجنى عليه فى السرف والحمية. وأما توصيله للربا فممنوع؛ لأن الربا فى العقود لا فى الفسوخ، ثم الحديث يدل من ثلاثة أوجه:

بما فيه من النهى كقوله: «لا تُصَرّوا الإبِلَ»(١) والنهى يعتمد المفسدة، والفساد عيب.

وثانيها: قوله - عليه السلام - «فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ»، والتخيير يعتمد وجود العيب.

وثالثها: إيجابُه - عليه السلام - صاعًا من تمر، وهو دليل [على] أن للمُبدلة قسطًا من الثمن.

البحث الثانى - فى أحكام هذا السبب:

ففى الكتاب: المُصراة من جميع الأنعام سواء، فإذا حلبها ثانية وتبين النقص: فإما رضيها: أو ردها وصاعًا من تمر. فإ لم يكن عيش البلد التمر: فصاعٌ من عيش ذلك البلد كالفطرة، ولأنه روى: (مِثْلُ لَبَنِهَا قَمْحًا) ؛ فطريق الجمع ذلك.

وقال ابن حبيب: يتعين التمر لسائر البلاد، فإن حلَبها ثالثة، وقد حصلت الخبرة بالثانية: فهو رضا لا رد له، ولا حجة عليه فى الثانية؛ لأنها للاختبار، وإذا ردها لم يرد لبنها، وإن كان قياسًا بغير صاع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه؛ لوجوب الصاع أولا، وليس للبائع أن يقبلها بغير لبن وصاع.

قال صاحب التنبيهات: أجاز سحنون أخذها بلبنها وجعلها إقالة، وقيل: إنما تصح الإقالة إذا حلبها بالحضرة عند الشراء حيث لا يتولد لبن، وعلى هذا لا يعرف أنها مصراة إلا بالبينة.

وقال محمد: الحلبة الثانية رضا؛ خلافًا لمالك؛ لأنه قد يظن نقص اللبن لاختلاف الرعى أو غيره، فلا يتحقق إلا بالثالثة، وقاله (ش).

قال اللخمى: إذا كانت جملة غنم اختلف: هل صاع واحد؟ لأن الشرع أعرض فى هذا عن القلة والكثرة فى اللبن. أو لكل شاة صاع؟ وهو الأصوب؛ لأن الحكم ثابت فى شاة، فيتكرر بتكرر الشاة، ولأن الأصل: مساواة البدل للمبدل، خولف اللبن؛ لعدم انضباطه وتميزه عن لبن المشترى، أما عدد الشياه فمنضبط، وكذلك الإبل؛ لأن لبن الإبل وإن كان أكثر، فلبن الغنم أحق.

نظائر: قال العبدى: التسوية بين الواحد والكثير، والقليل والكثير فى تسع مسائل: شاة المصراة. والحالف بنحر ولده، فهذا واحد فى الواحد والجمع، وقيل: يتعدد. والمؤخر قضاء رمضان سنة: فكفارة واحدة، وكذلك السنون، والواطئ فى رمضان مرة ومرات سواء إذا لم يكفر. واليمين لها كفارة واحدة، وكذلك الأيمان فى الشىء الواحد. وقذف الواحد والجماعة يوجب حدًا واحدًا،

وقيل: يتعدد والتطيب مرة فى الحج يوجب الفدية، وكذلك المرات. والحالف بصدقة ماله مرة: عليه الثلث، وكذلك إذا كرر الحلف، وقيل: ثلث ما بقى. وغسل الإناء من ولوغ الكلب سبعًا، وكذلك الكلاب، وقيل: يتعدد.

وإذا علم المشترى بالتصرية قبل الحلاب، كان له الرد قبل الحلاب، وله الاختيار فى الحلاب: هل ينقص كثيرًا أو قليلًا، وله الخيار بعد الحلبة الأولى؛ لأنه يروى فى الحديث فى الصحيحين: «فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»[1]، فإن علم بالتصرية، وقَبِلَه: بطل الرد، إلا أن يخرج عن عادة مثلها.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن ردها وقد أكل لبنها، فليس عليه صاع، كما لو لم تكن مصراة. وقال (ش)، وابن حنبل: عليه الصاع؛ عوض اللبن الذى أخذه؛ لأنه مبيع أقام الشرع الصاع مقامه.

جوابه: مبيع لا يجوز مقابلته بجزء من الثمن؛ للجهل به؛ فلا يرد عنه شيئًا. والرد فى التصرية على خلاف الأصل، وإذا هلكت قبل الخيار، فمن المبتاع؛ لأن التصرية عيب، ويرجع بقيمته.

فرع: فى الكتاب: إذا باع غير مصراة فى زمن الحلاب، ولم يذكر ما يحلب - وهو يعلمه - وهى إنما تُراد للحلاب: فله الخيار؛ كصبرة يعلم البائع كيلها دون المبتاع، وإن لم يعلم، فلا، وإن باع فى غير زمن الحلاب، فحلبها فى زمنه، فلم يرضها، فلا رد له، عرف البائع حلابها أم لا؛ لأن أحوال الحيوان تتغير.

قال ابن يونس: قال يحيى بن عمر: واللبن ههنا للمبتاع بالضمان، بخلاف المصراة.

وفى الجواهر: لو ظن غزارة اللبن لكبر الضرع، فوجده لحما فلا خيار له؛ لأنه مما يكثر.

وقال أشهب: إذا اشتراها فى غير الإبان، فله ردها فى الإبان إذا وجدها قليلة؛ لفوات ما هو مظنون عادة إذا كان البائع يعلم ذلك.

فرع: فى الجواهر: لا يزاد على الصاع لكثرة اللبن، ولا ينقص منه لقلته، كالغرة فى الجنين، ولا يلتفت لغلائه ورخصه، بل قال بعض المتأخرين: لو كانت قيمة

---

(١) تقدم.

الشاة أو تزيد، فظاهر المذهب: عليه الإتيان به؛ لأن الشرع لما سن هذه القاعدة أعرض عما يتوقع فى صورها؛ دفعًا لمفسدة الخصومات وندرة ذلك المتوقع، ورواية ابن القاسم: أنه من غالب قوت البلد؛ لأن فى بعض ألفاظ الحديث: «صاع من طعام» ؛ فحملت رواية التمر على أنه غالب قوت المدينة، وإذا رضى بعيب التصرية ورد بعيب آخر، فقيل: يرد الصاع، خلافًا لمحمد؛ لأن اللبن مبيع فى الحالين.

النظر الثانى - فى الأحكام المترتبة على السببين الأولين:

فى الكتاب: له التمسك بجميع الثمن أو الرد؛ لحديث المصراة، ولم يجعل فيه مع التمسك أرش، وقاله الأئمة.

سؤال: لو باع أثوابًا، فسلمها البائع إلا ثوبًا فللمبتاع التمسك والرجوع بحصة الثوب، والعيب جزء من المبيع بقى عند البائع، فما الفرق؟

جوابه: الفرق: أن هذه أعيان متميزة، والفائت ههنا صفة، فكأن البائع سلم غير المبيع؛ لأن المبيع يسلم، وهذا مبيع، فهو كما لو باع ثوبًا فسلم غيره؛ فإنه يتعين الرد.

فرع: قال ابن يونس: لو مات البائع والمبتاع قبل الرد، وجهل الورثة الثمن، فوسط القيمة عدلا بينهم، وكذلك لو مات فامتنع الرد، [وجهل الورثة الثمن][1]، ويرجع بأرش العيب من تلك القيمة، وقال ابن دينار: بالأقل من الثمن أو القيمة يوم البيع.

قال صاحب البيان: إذا مات المتبايعان، فثبت العيب وجهلوا الثمن، وفات العبد - قال ابن القاسم: الجهل بالثمن فوت وإن كان المبيع قائمًا، ويرجع بالأرش من أوسط القيم يوم القبض؛ عدلًا بين الفريقين.

وقال عيسى بن دينار: بل من القيمة يوم البيع.

وعن ابن القاسم: الجهل بالثمن ليس فوتًا؛ بل يرجع بقيمة الوسط يوم القبض، ويرد المبيع.

---

(١) سقط فى ط.

قال: ومراده: أن يوم القبض يوم البيع؛ لأن القيمة ههنا يوم البيع؛ لأنه ليس بيعًا فاسدًا، وتتوجه الأيمان بينهم، ويمين التهم تتوقف الأحكام عليها. فإن حلف ورثة البائع على العلم، ونكل ورثة المشترى: لم يكن لهم شىء حتى يحلفوا، فلو حلف ورثة المشترى، ونكل الآخر: اكتفى بما يؤدى إليه اجتهاد الحاكم من حبس وغيره، فلو جهلوا الثمن وتصادقوا على عدم القبض، والمبيع قائم: حلفوا جميعًا، ورد البيع.

فرع: قال اللخمى: إذا رد بالعيب وكان الثمن عرضًا، رجع فى عيبه، فإن فات بحوالة سوق فما فوقه، رجع بقيمته، أو مثلها رجع فى عيبه. فإن تغير سوقه.

قال ابن القاسم: ليس بفوت، ويأخذه، وإن فات فمثله، وعلى قول ابن وهب: أن حوالة الأسوق تفيت المثلى، يرجع بالقيمة.

فرع: فى الكتاب: إذا بعت ثوبًا من رجلين، فباع أحدهما حصته من صاحبه، ثم ظهر على عيب من عندك - فلا رجوع للبائع عليه؛ لانتقال الحق لغيره، وللآخر رد نصفه، وأخذ نصف الثمن.

قال اللخمى: للبائع الرجوع بالأقل من قيمة العيب أو تمام الثمن إن باع بأقل.

قال ابن عبد الحكم: يرجع بالعيب إن باع بمثل الثمن؛ لاستحقاقه إياه بالعقد الأول، وعلى رواية أشهب: لا يرد؛ لأنه ينقص على البائع، ويكون للبائع أن يعطيه نصف قيمة العيب، أو يقبل منه الرد، وكذلك إن باع نصيبه من غير شريكه، كالبيع من الشريك، فإن علما بالعيب قبل بيع أحدهما حصته، فقال مالك مرة: لكل واحد منهما الرد دون صاحبه؛ لأنه حقه، وقاله (ش). وقال مرة: إما أن يتمسكا جميعًا، أو يردا جميعًا؛ لتفريق الصفقة. وقاله (ح). ويصح أن يقال: لمُريد الرد إجبار صاحبه؛ لالتزامهما أحكام الصفقة الواحدة، وأن يقال: ليس له ذلك، ويخير البائع بين إعطاء الراد قيمة عيب نصفه، أو يقبله ويعطيه نصف ثمنه؛ لأنه حقه فى التفريق.

فرع: فى الكتاب: إذا اخترت الرد وإعطاء الأرش للعيب الحادث عندك، دفعت أرش عيب طرأ على معيب؛ لأنه الذى تعيب عندك، وضمنته بالقبض.

قال ابن يونس: أرش العيب جزء من الثمن لا من القيمة؛ لأنه جزء من المبيع لم يسلم، وإن أراد السلعة وأرش ما حدث عنده رد أرش معيب؛ لأنه تعيب عنده

بعيب. وقال ابن المعدل كذلك، إلا أنه يرد قيمة العيب يوم الرد؛ لأنه فسخ بيع، كما يرد نماءه ونقصانه من غير شيء. فأما العيب القديم فينسب إلى الثمن يوم العقد؛ لأن البائع يسلم ما لا يستحقه، وهو مقابل الجزء الفائت بالعيب، ويرده، وإلا فسخ، وابن القاسم يرى أن العيب فات بيد المشترى، فيتم فيه البيع؛ فيرد حصته من الثمن. ولو أكل بعض الطعام ورد بالعيب، فعليه المأكول بحصته من الثمن.

وفى المقدمات: قال محمد: ما نقصه من المبيع بغير صناعة كالقطع، بخلاف الصوم ونحوه.

فرع: فى الكتاب: إذا دلس، فنقص المبيع، أو هلك بسبب عيب التدليس: كالسارق يسرق فيقطع، أو المجنون أو الآبق يأبق، فيهلك فى مفازة - فضمانه من البائع، ويرد الأرش أو جميع الثمن؛ لأن سبب ذلك من عنده قبل التسليم، وما حدث به من عيب - غير التدليس - فمن المشترى، ويرد الأرش إن رد.

قال اللخمى: إن سرق من غير حرز، فلم يقطع، فرد على البائع، وكلام المسروق منه مع البائع فى جناية السرقة - يفديه أو يسلمه، وإن كان غير مدلس، خير المشترى بين التمسك وأخذ أرش العيب، أو الرد، ويرد ما نقصه عيب القطع إن قُطع، وإن لم يقطع، خير بين إسلامه للمجنى عليه، ويرجع بالعيب، إلا أن يفديه ويرجع على البائع.

وفى الجواهر: إن باع المشترى من المدلس من ثالث، فهلك بسبب العيب عند الثالث - رجع الثالث على الأول بجميع الثمن إلا أن يزيد على ما دفع للثانى؛ فيكون الفضل للثانى، قاله ابن القاسم؛ لأن الأول يعد مدلسا على الثالث؛ لأن الوسط لو علم لأعلم.

قال أصبغ: يؤخذ الثمن من الأول، فيدفع للثالث منه قيمة العيب الذى يستحقه على الثانى، والباقى للوسط؛ لأنه المستحق على الأول، وقيل: لا يؤخذ من المدلس الأول شيء؛ لأنه لم يضر بالثانى، إلا أن يرجع الثالث على الثانى بالأرش؛ فيكون على الأول الأقل مما غرم أو الثمن الذى دفعه، أو قيمة العيب من الثمن الذى دفعه أيضًا، وكذلك رجوع الثالث على الأول ههنا بما كان يرجع به عليه الثانى إذا طالبه الثالث بالأرش.

قال صاحب التنبيهات: ذهب كثير من المتأولين [إلى][(١)] أن قوله فى الكتاب: إذا نقصه الصبغ أو القطع فى التدليس، له الرد بغير شىء أو الإمساك، وأحد الأمرين خاص بالصبغ، وأما الإمساك فى القطع فلا شىء له؛ لأنه ملك الرد بغير غرم.

وقال ابن مناصر: ذلك محمول على ما يحتاج قطعه إلى غرم كالديباج والخز؛ فهو كالصبغ.

قال صاحب تهذيب الطالب: قال فى الكتاب: له الإمساك وأخذ قيمة العيب فى التدليس إذا قطع. وفى كتاب محمد: ليس له إمساكه[(٢)] بخلاف الصبغ؛ لئلا يذهب صبغه، ولا ضرر عليه فى القطع.

قال اللخمى: النقص مع التدليس ثلاثة أقسام: إن كان يرى ذلك لمثل ذلك، فلا شىء عليه. أو مراد وهو متلف، بطل الرد، ويرجع بالأرش. أو غير متلف، رده، ولا شىء عليه. وإن لبس الثوب حتى غسله، رد النقص فى التدليس وغيره؛ لأنه صون ماله بلبسه، ولا يرد فى وطء الثيب شيئًا فى البكر وغيره، وله الإمساك فى البكر فى غير التدليس، ويرجع بالعيب، أو يردها وما نقصت، ويختلف فى التدليس: هل يغرم أم لا؛ لأنه انتفع أولا بخلاف اللباس؛ لأنه يصون ماله.

قال: والأول أحسن، ولو باع البكر قبل الدخول، ثم دخلت - ردها، ولا شىء عليه فى التدليس وغيره؛ لخروج هذا النقص عن البيع.

نظائر: قال صاحب المقدمات: يختص المدلس بخمس مسائل:

إذا تصرف المشترى فيها تصرف مثلها لا يرد أرشا[(٣)] إن رد، وإذا عطب المبيع بسبب التدليس أو بعيب: [لا][(٤)] يضمنه المشترى، وإذا اشتراها البائع من المبتاع بأكثر من الثمن الذى باع، فغير المدلس يرجع بما زاد بخلاف المدلس، ولا يرد السمسار الجعل إذا ردت السلعة؛ لدخول المدلس على ذلك؛ بخلاف غير المدلس، وتنفع البراءة غير المدلس، ولا تنفع فيما دلس به.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: إمساك.
(٣) فى ط: إن شاء.
(٤) سقط فى ط.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا دلس بالإباق، فغاب، ثم قال: أنت غيبته ولم يأبق - صدق المشترى مع يمينه.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن أعلمه بإباق شهر وهو يأبق سنة: إن هلك فى الذى بيّن، فليس كالتدليس، وإلا فكالتدليس، وكذلك كل عيب سكت عن بعضه، وقيل: إذا قال: إذا أبق مرة، وكان أبق مرتين، ثم أبق: رجع بقدر ما كتم، وليس كالتدليس، وقيل: إن بيّن أكثر العيب الذى هلك به، رجع بجميع الثمن، وإلا بقدر ما كتمه؛ إلحاقًا للأقل بالأكثر.

وقال ابن دينار: إن هلك فى الإبان بعيب الإباق فقط إلا أن يهلكه الإباق ما به إلى عطب، بخلاف السرقة.

ولو دلس بالحمل، فعلمه المبتاع، فلم يردها حتى ماتت - فهى من المبتاع؛ لرضاه بالحمل، وقال أشهب: ولا يرد ثمن ولا قيمة عيب.

قال فى المدونة: إلا أن يبادر فى الطلب ولم يفرط، أو يمكن من الرد، ولكن فى وقت لا يعد فيه راضيا؛ لقربه، كاليوم، ويحلف أنه لم يرض.

فرع: فى الكتاب: إذا بعت عبدًا بعبد أو عرض، فوجدته معيبًا - لك رده، وأخذ عبدك أو عرضك، إلا أن يهلك، أو يباع، أو يتغير سوقه أو بدنه؛ فلك القيمة يوم العقد، ولو بعت بمثلى رجعت بالمثل بعد الهلاك؛ لقيامه مقامه كالعين.

قال ابن يونس: إذا وجد ببعض الرقيق عيبًا ينقص من ثمن الجملة، رده بحصته، وإلا فلا، وإن كان إن انفرد نقص؛ لأن المبيع هو الجملة.

قال محمد: هذا فى الحمل؛ للخلاف فيه، وفى غيره يرد حصته.

فرع: فى الكتاب: إذا باع سلعًا بمائة دينار، وسمّوا لِكل سلعة ثمنًا، فظهر عيب بأحدها لم ينظر للتسمية، بل يقسم الثمن على قيم الثياب؛ نظرًا للعقد، فإن كان المعيبُ ليس وجه الصفقة، رده بحصته، وإلا لم يكن له الرضا بالعيب إلا بجميع الثمن، أو يرد الجميع؛ لأنه فى معنى الجملة، ووجه الصفقة: أن تكون قيمته سبعين، والثمن مائة، إلا أن يكون أفضل السلع.

قال اللخمى: إذا ذهب المثلى أو أكله، خيره ابن القاسم بين غرم المثلِ معينًا، أو يمسك ولا شيء. وأشهب: بين المثل والرجوع بقيمة العيب. وهو أحسن؛ للكلفة فى الشراء، فإن جهل مقداره كان كالسلع: كالكتان ونحوه؛ فإنه يختلف وسط

العدل وآخره، وإن فات الجزاف، خير بين التمسك والرجوع بالعيب، أو يرد القيمة؛ لأن الجزاف كالعروض.

فرع: قال ابن يونس: إذا اختلفا فى النقد قبل المحاكمة فى العيب - إن كان مما يحكم به فى الحال، لم يلزمه النقد حتى يتعين بإخراج الأرش، وإلا نقد؛ لتعين وقت النقد دون العيب.

فرع: [قال:](١) إذا تنازعا، فقدم البائع الأجل عن العيب، صدق البائع فى التقديم؛ لأنه مدعى عليه الرد، وأرش العيب: [الزوائد التى تحصل بالمبيع فى مدة الخيار](٢).

فرع: فى الكتاب: الغلة فى الرد بالعيب للمشترى.

قال الطرطوشى: الزوائد الحادثة فى يد المشترى لا تمنع الرد بالعيب: كالسمن، وولادة الأمة، ومهرها، ونتاج الماشية، واللبن، والصوف، وخراج العبد، وتمْر النخل والشجر، يكون له ذلك مجانًا إلا الولد والسمن يردهما مع الأصل، وقاله (ش) وابن حنبل وزادا: لا يرد الولد؛ لأنه غلة.

وقال (ح): الزوائد تمنع الرد بالعيب، ونقض أصله بالغلة والكسب، وحدوث الزوائد قبل القبض، وهلاكها فى يد المشترى بعد حدوثها.

لنا: القياس على هذه النقوص، ولأن الفسخ لا يتناول إلا ما تناوله العقد، ولم يتناول العقد الزوائد، بل استفادها المشترى بملك؛ فلا يتناولها حكم الفسخ كما لا يتناولها حكم البيع إذا حدثت عند البائع، ولما فى أبى داود: أن رجلًا اشترى عبدًا فاستغله ما شاء الله، ثم وجد به عيبًا فرده، فقال: يا رسول الله، إنه استغل غلامى، فقال - عليه السلام -: «الْخَرَاجُ بِالْضَمَانِ»(٣). وأما السمن ونحوه فتبعٌ للسمن فى الفسخ كما يتبعها فى العقد.

احتج بأنها ناشئة عن عين المبيع؛ فلا يرده بالسمن، ولأنه لو وقع الفسخ عليها لزم خلاف الإجماع ولأن العقد لم يتناولها فلا يتناولها الفسخ، ولو وقع على الأصل

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، (٣٥٠٩)، (٣٥١٠)، والترمذى (١٢٨٥)، (١٢٨٦)، والنسائى (٧/ ٢٥٤) وابن ماجه (٢٢٤٢)، (٢٢٤٣).

فقط لا يملك الزوائد من موجب العقد، ولا يمكن رفع العقد مع بقاء موجبه.

والجواب عن الأول: أن السمن متصل بلحم المبيع، لا يمكن[1] نزعه.

وعن الثانى: أن الفسخ وقع فى الأم، والزوائد بموجب الملك لا بموجب العقد، كما تبقى للبائع تبقى للمشترى.

احتج (ش)، وابن حنبل على رد الولد بأن الخراج بالضمان، والولد خراج، وبالقياس على الثمرة.

والجواب عن الأول: لا نسلم أن الولد يسمى خراجًا، بل هو كالعضو يتبع الأبوين فى العقود كالكتابة والتدبير، وغيرهما، والاكتساب لا يتبع.

وعن الثانى: أن الولد على خلق أمه، فيتبعها فى العقود والفسوخ، بخلاف الثمرة.

تفريع: قال اللخمى: الخراج بالضمان إذا كان المبيع لا غلة فيه يوم البيع، ولا يوم الرد، واغتل فيما بين ذلك.

فإن اشترى شاة لا صوف عليها، ثم حدث، فجزه، ثم وجد عيبًا، رد، وكان له ما جزّه وقت جزازه أو قبله، فإن قام بالعيب قبل الجزاز: فهل[2] يكون غلة بالتمام أو بالغل أو بالجز؛ قياسًا على الثمار: هل تكون غلة بالطيب، أو باليبس، أو بالجداد؟

فإن كان الصوف تامًا عند العقد:

قال ابن القاسم: يرده؛ لأنه مبيع، أو مثله إن كان فائتًا. وقال أشهب: هو له؛ لأنه غلة، والأول أحسن ويخير بين غرم مثله أو قيمته؛ لأنه قريب، فإن عاد صوف آخر جبر الصوف بالصوف، وهو ليس من جبر العين بالولد، والولد ليس بغلة، ولا يغرم ما حلب إذا لم تكن مصراة عند البيع، وإن كانت مصراة عند الرد، له حلبه؛ لأن الحلب كالجداد والجز.

وإن اشتراها بثمرة مأبورة:

قال ابن القاسم: يردها وإن جدت، أو مكيلتها إن فاتت، أو القيمة إن جهلت؛ لأنها مبيعة.

قال: وأرى أن تمضى بما ينوبها من الثمن؛ لأنها مبيعة تمت وانتقلت فى ضمان

---

(١) فى ط: بمن.

(٢) فى أ، ط: فهو، والصواب ما أثبتناه.

المشترى، وكذلك إذا طابت ولم تجد.

وإن كانت غير مأبورة فتمت: لم يكن لها قسط من الثمن، وخالف أشهب.

وفى المقدمات: إذا اشتراها ولا ثمرة فيها، فيجدها معيبة قبل حدوث ثمرة - فله ردها، ولا يرجع بسقى ولا علاج؛ لأنه أنفق لنفسه، وقيل: يرجع - على مذهب ابن القاسم - ؛ لأنه غير متبرع، وينبغى أن يجرى على اختلاف قوله فى الرد بالعيب: هل هو نقض للبيع أو ابتداء بيع؟ فإن [بقاها][1] حتى كان ثمرًا، فوجد العيب مثل الثانى، فله الرجوع بالسقى والعلاج عند ابن القاسم، وأشهب، خلافًا لسحنون، وعبد الملك؛ فإن جد الثمرة فى هذه الحالة فكجداده قبل الإبار.

وفى الوقت الذى تكون الثمرة غلة للمبتاع فى الرد بالعيب، والبيع الفاسد، والاستحقاق - أربعة أقوال:

الإبار؛ لأنها قد صارت فعلًا به فى حالة تكون للبائع فى البيع.

وبالطيب؛ لأنه وقت البيع مفردة دون الأصول.

وبالجداد؛ لأنها قبل الجداد حاصلة فى الأصول.

تبع لها، فتتبع الأصول كغير المؤبرة.

فإن اشتراها بثمرة لم تؤبر، فوجد العيب قبل التأبير - قال ابن القاسم وأشهب: يردها، ويرجع بالسقى والعلاج؛ لأنه غير متبرع، بل أنفق على ظن الملك، وقد فات.

وفى المدونة ما يقتضى عدم الرجوع، فإن جد الثمرة قبل القيام بالعيب: كان نقصًا يوجب الخيار بين الرد ويرد ما نقص، أو الإمساك والرجوع بقيمة العيب. فإن اشتراها بثمرة لم تؤبر، فوجد العيب بعد التأبير، فكالمشترى بغير ثمرة يجد العيب بعدُ كما تقدم. فإن اشتراه بثمرة لم تؤبر، فوجد العيب وقد طابت، فكالمشترى بغير ثمرة، ثم يجد العيب عند الطيب كما تقدم. فإن اشتراها بثمرة مأبورة، فوجد العيب قبل الطيب، ردها بثمرها عند الجميع، ويرجع بالسقى والعلاج عند ابن القاسم وأشهب.

فإن جد الثمرة قبل وجدان العيب، خير بين الرد وما نقص، أو يمسك ويرجع

---

(١) سقط فى ط.

بقيمة العيب كجده قبل الإبار، فإن اشتراها وفيها ثمرة مأبورة، فيجد العيب بعد الطيب، ردها بثمرها[(١)] - عند ابن القاسم - ويرجع بالسقى والعلاج، ولم يمضها إذا فاتت بما ينوبها من الثمن، كما أمضاها فى الشفعة، وعند سحنون اختلافًا من قوله، وفرق ابن عبدوس بين المسألتين. وقال أشهب: إن جدت فهى غلة. فيتحصل فيها أقوال: بردها[(٢)] للمبتاع مطلقًا. تمضى بما ينوبها من الثمن.

وإذا قلنا بالثانى أو الثالث، ففى جد ذلك ثلاثة أقوال: الطيب البين، الجذاذ. ولو ذهبت الثمرة بجائحة ههنا فى هذا الوجه، رد ورجع بجميع الثمن، فإن اشتراها بثمرة قد طابت: ردها بثمرها؛ لأنها مبيعة، فإن فاتت: فالمكيلة إن عرفت، وإلا مضت بما ينوبها من الثمن، ورد النخل بما ينوبها، وقيل: يرد قيمة الثمن، ويرجع بجميع الثمن، فهذه عشرة أوجه. والرد بفساد البيع - كذلك - فى جميع الوجوه غير الخيار لأحد المتبايعين، وجذاذ الثمرة قبل الإبار أو بعده، وقبل الطيب فوت.

نظائر: قال العبدى: تؤخذ الثمرة فى خمس مسائل: الرد بالعيب، والشفيع، والمستحق إلا اليسير، فإذا يبست فلا يأخذها. وكذلك إذا تولدت بعد اليبس أو البيع الفاسد والفلس، ما لم تزايل الأصول. [قال][(٣)] ابن رشد: الغلة للمشترى فى هذه الخمس، الثمرة وغيرها.

فرع: قال اللخمى: له الانتفاع بالدار والحائط زمن المخاصمة حتى يحكم بالفسخ؛ لأنها على ملكه، وليس له وطء الجارية ولا لِبس الثوب بعد معرفة العيب، بخلاف الأولين؛ لأن اللباس ينقص، والوطء يعتمد استقرار الملك، فإن فعل كان رضا بالعيب.

وقال مالك فى العبد والدابة: إن كان البائع والمشترى حاضرين، لزمه العيب إن استعمل. وخالفه ابن حبيب؛ لأن الغلة بالنفقة، فصارت الغلات ثلاثة أقسام: قسمان متفق عليهما، وقسم مختلف فيه. فإن علم بالعيب بالدابة فى سفره فركب، فهل يكون رضا؟ قولان لمالك؛ نظرًا لكونه كالمكره بالسفر أم لا، وكذلك يجرى

---

(١) فى أ، ط: بثمنها، والصواب ما أثبتناه.
(٢) فى ط: برد معًا.
(٣) سقط فى ط.

الخلاف إذا وجد العيب بعد غيبة البائع؛ لأن الرفع للحاكم مما يشق على الناس.

فرع: قال ابن يونس: إن جهل الصوف بعد فوته حيث يرده، رد اللحم بحصتها من الثمن.

فرع: فى الكتاب: إذا انتزعت مال العبد، ثم رددته: رددت ماله، فإن هلك قبل انتزاعك، لم يلزمك بجزء من الثمن؛ لأنك لم تشتره، بل مال العبد، وكذلك هلاك الثمرة بأمر سماوى قبل جدادها.

فرع: فى الكتاب: إذا نقصت الثوب بلبسك، رددت النقص فى التدليس وغيره؛ لأنك صونت به مالك.

فرع: قال اللخمى: إذا نقل المبيع ثم [ظهر][1] عيب دلس به، قيل: الكراء على المُبتاع؛ لأن التسليم عليه، وقيل: على البائع؛ لأنه غر. فإن لم يدلس:

قال ابن حبيب: يرفع ذلك للإمام فى ذلك البلد، ويباع على البائع. وعلى قول سحنون: النقل فوت، ويرجع بالعيب، ولا يلزم البائع قبوله فى البلد الآخر.

قال: وهو أحسن إلا فى العبد، والذى لا كلفة[2] فى رجوعه. فإن وجد البائع فى ذلك البلد ماله حمل ورضى البائع بقبضه، وقال المشترى: أمسك وأرجع بالعيب، على قول ابن حبيب ذلك للبائع؛ لأن الأصل فى الرد بالعيب. وعن مالك: المشترى بالخيار بين الرد، وبين وضع قدر العيب؛ لأنه قد يتضرر بفوات مصلحة النقل، وكذلك اختلف فى الغاصب فالمشترى أولى؛ فلا بد من اجتماع البائع والمشترى، فإن كان لا حمل له فالمقال للبائع إذا كان الطريق عامِرًا، وإلا فلا مقال لواحد منهما، وإن كان البائع مدلسًا وعالمًا أن المشترى ينقل، جبره المشترى على القبول مطلقا. وإن كان مثليًا، كان للمشترى دفع مثله ببلد العقد، وجبره على الأخذ ههنا إن دلس، وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى المكاتب أو المأذون، ثم عجز المكاتب وحجر على المأذون - فللسيد القيام بمالهما فى العهدة والرد بالعيب، أو الرضا بهما لعود استيلائه عليهما، ولو رضيا قبل ذلك بغير محاباة، أو شهدت البينة ببراءة البائع من

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: كلفه.

العيب، لزم.

قال اللخمى: إذا باع المكاتب، فللمشترى الرد عليه بعد عجزه، ويباع له ويتبع بما نقص، وله الفضل.

قال ابن يونس: إذا كان على المكاتب دين ورضى البائع بالرد، فهو أسوة الغرماء، وقيل: هو أحق بالمبيع كالحر.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم فى الكتاب: إذا بعت العبد من نفسه بأمته، لم ترد عليه بالعيب، وكأنك انتزعتها وأعتقته، ثم رجع إلى ردها واتباعُك إياه بقيمتها؛ نظرًا لصورة المعاملة.

قال ابن القاسم: ولو كانت فى يد غيره عند العقد، رددتها عليه واتبعته بقيمتها لا بقيمته؛ لأنها مورد العقد، وكأنك إذا قاطعت المكاتب على عبده اتفاقًا؛ لأنك غير قادر على أخذ ماله بخلاف العبد. وإن أعتقت عبدك على عبد موصوف ثم ظهر معيبًا، رجعت بمثله، فترجع الرتب[1] ثلاثة: فى المعين: لا ترجع فيه بشىء، وفى الموصوف: ترجع بمثله، وفى المعين لغيره: ترجع بالقيمة. ولو قبضت عبدًا من مسلم، فمات فى يدك ثم ظهرت على عيب - رددت القيمة؛ لضمانك بالقبض، ورجعت بمثله؛ توفية بمقتضى العقد. وعن سحنون: يرجع، غير أن الأرش الربع، ويكون شريكًا. وهو القياس؛ لأنك قبضت المعقود عليه، إلا حصة العيب، والأول استحسان؛ نفيًا لضرر الشركة. وقال ابن عبد الحكم بالأرش من القيمة لا من الثمن، بخلاف العبد المعين؛ لأنه ينفسخ العقد فيه بالرد، وههنا يرجع بالمثل مالًا.

فرع: للوارث القيام بعيب موروثه، فإن ادعى البائع البراءة بالبينة عليه لانتقال الحق إلى غيرك، فإن رجع:

قال مالك: فلك [المطالبة][2] وإلا حلف من الورثة من يُظن به علم ذلك دون غيره. وإذا مات البائع والمبتاع وجهل الثمن، والعبد قائم، رجع الورثة بالأرش من القيمة، اتفاقًا.

فرع: فى الكتاب: ليس لك المطالبة بعد البيع بالعيب؛ لانتقال الحق إلى غيرك، فإن رجع إلى ملكك فلك المطالبة. وقال أشهب: إن رجع بشراءٍ رده على البائع

---

(١) فى أ، ط الرطب والصواب ما أثبتناه.

(٢) سقط فى ط.

الأخير؛ لأن العهدة عليه، ثم يخير فى الرضا والرد عليك، فإن رده، رددته على البائع الأول إن شئت، وإن رضى، فعن مالك: لا رجوع لك، بعت بأقل من الثمن أم لا. وعنه: إن بعت بأقل رجعت بالأقل من تمام الثمن أو قيمة العيب من ذلك الثمن، وإلا فلا.

قال أشهب: إن لم ترده على البائع الأخير فلك رده على الأول، ثم لا رجوع لك على البائع الأخير؛ لأخذك الأول بالعهدة.

وإن اشتريت من المشترى منك بأقل مما اشتراه منك، فله الرجوع عليك بتمام ثمنه لا بالأقل؛ لأن له ردًا عليك، وهو الآن فى يديك. ولو باعه من غيرك بأقل مما ابتاعه منك، فرضيه مبتاعه، لم يرجع عليك إلا بالأقل. ولو وهبه المبتاع منك لك وتصدق به عليك، لرجع بقيمة العيب من الثمن الذى بعته منه، ثم لك رده على بائعك الأول، ولو ورثته من مبتاعه منك، رددته على البائع الأول؛ لأن ما وجب للميت ورثته.

فرع: فى الكتاب: لا يمكن المبتاع من تحليف البائع أنه باع سليمًا، حتى يعين عيبًا؛ فيتعين الحلفُ عليه. فإن كان ظاهرًا رده من غير يمين، أو ممكن الحدوث عندهما حلف البائع فى الظاهر على البت، وفى الخفى على العلم؛ لأن غير ذلك يعيب. فإن أحلفه عالمًا ببينة، فلا قيام له بها، وإلا فله القيام، وإن أبق العبد بقرب العقد، فليس له تحليفه: أنه ما أبق عندك؛ لعدم نفى سبب اليمين.

فرع: قال اللخمى: يرجع إلى أهل المعرفة فى تنقيص العيب للثمن، وفى قدمه.

قال محمد: ولابد من رجلين عدلين عارفين، وتقبل المرأتان فى عيوب الفرج والحمل، وما لا يطّلع عليه الرجال، واختلاف أهل المعرفة ساقط مع استواء العدالة إلا أن يشترط عند العقد حسا؛ فيكون الاختلاف عيبًا، ويصدق البائع فى المشكوك فيه؛ لأن الأصل: السلامة، فإن وجد قديمًا ومشكوكًا، صدق المشترى فى المشكوك؛ لأنه يرد بالقديم، ويغرم فى المشكوك على تقدير الحدوث عنده. فهو مدعى عليه الغرم، بخلاف انفراده، وقاله ابن حنبل[١].

وقال (ح)، و (ش): القول قول البائع؛ لأن الأصل: سلامة المبيع عليه وههنا تعارض أصلان: سلامة ذمة المشترى من الغرم، وسلامة المبيع عند العقد.

---

(١) فى ط: سهل.

فاختلف العلماء أيهما يغرم، فإن قال المشترى: المشكوك حادث، فأنا أمسك وآخذ الأرش، وقال البائع: قديم، فإما أن تمسك بغير شيء أو ترد - صدق البائع على قول ابن القاسم؛ لأنه مدعى عليه الأرش، وصدق المشترى مع يمينه - على قول ابن وهب - لأن الأصل: السلامة منه عند العقد. ومتى قلنا: يُصدق، فله [رد][1] اليمين على الآخر. وهذه المسألة أصل فى رد أيمان التهم؛ لأنهما فى حال الدعوى مستويان فى الشك. وقال أشهب: يحلف البائع فى الظاهر والخفى على العلم؛ لأنه لا يقطع بحدوثه. وقال محمد: إذا باع ثم اشترى من المشترى بأقل من الثمن، ثم وجد مشكوكًا فيه وأحب التمسك - فاليمين على البائع الأول، فإن نكل، حلف الآخر وارتجع بقية الثمن، فإن أحب الرد، حلفا جميعًا، فإن نكل البائع الأول، حلف الآخر، وارتجع بقية الثمن، فإن حلف الأول ونكل الآخر، ردها عليه وأخذ الثمن، وإن شك هل كان عند المشترى أو عند البائع؟ فإن شك هل حدث عند البائع قبل البيع، أو فى العقد الثانى أو عند المشترى - يحلف البائع على أنه لا يعلم أنه كان عنده قبل، ولا حدث بعد، ويحلف المشترى أنه لا يعلم حدوثه عنده ويبرآن، فإن نكل البائع عن الوجهين، حلف المشترى، ورجع على البائع بنقص الثمن، فإن حلف ونكل المشترى، كان للبائع الرد عليه، ويرجع بالثمن، ولا يغرم شيئًا. وإن حلف البائع أنه لا يعلمه فى الصفقة الأولى، ونكل عن أنه لا يعلمه حدث فى الآخرة، لم يغرم ولا يرد، ولا يمين على المشترى؛ لأنه نكل، واليمين لا ترد على من نكل عنها.

وفى كتاب محمد: إذا شهد شاهد على تقدم العيب عند البائع، حلف المشترى على البت. وإن كان العيب مما يخفى:

قال أصبغ: إن نكل حلف البائع على العلم. وقال محمد: على البت؛ لأنها اليمين التى نكل عنها المشترى. قال: وليس بالبين، وأرى إن كانت الشهادة على قِدمه، وعلى علم البائع، وقال المشترى: هو اعترف عندى بذلك، كانت يمين المشترى على البت؛ وردها على البت لأنه يدعى اليقين. وإن قال الشاهد: لا أعلم علم البائع، وقال المشترى: لا علم لى سوى قول الشاهد - لم يحلف مع شاهده

---

(١) سقط فى ط.

على الصحيح؛ لأنه يكلف اليمين على البت، ولا علم عنده، بل اليمين من جهة البائع[١] ههنا؛ كأنه لم يشهد شاهد. وإن قال الشاهد: علم بذلك البائع، ولا علم عند المشترى من صدقه - كانت اليمين فى جهة البائع: يحلف على البت فى تكذيب الشاهد، وعلى العلم فى قدم العيب. فإن حلف على العيب، وحلف على تكذيب الشاهد، رجعت اليمين على المشترى على العلم، كما لو شهد شاهد، فإن نكل عن تكذيبه رد البيع ولم يرد الثمن. وإن قطع المشترى بصدق الشاهد، ولم يقطع بمعرفة البائع، حلف على البت، فإن نكل، حلف البائع على العلم.

وإذا قال البائع للمشترى: احلف أنك لم تر العيب ولم تبرأ منه:

قال ابن القاسم: لا يمين عليه إلا أن يدعى أنه أراه إياه؛ لعدم الجزم بالدعوى التى ترتب عليها اليمين. فإن ادعى [أن] مخبرًا أخبره أنه رآه ورضيه، أو [علم][٢] به.

قال ابن القاسم: يحلف، لاستناد الدعوى إلى سبب. وقال محمد: لا يمين عليه فى تكذيب ليتوصل إلى يمين لا يستحقها، ويمكن إحضار المخبر فيحلف معه إن كان عدلًا، أو يكون لطخا إن كان حسن الحال، وليس بلطخ إن كان ساقط الحال.

قال ابن القاسم: لا يمين للبائع على المشترى إلا أن يكون مما لا يخفى مثله؛ كقطع اليد، والعور.

قال اللخمى: العور بذهاب النور مع بقاء العين، فيرد به وإن طال، وبطمس العين، لا يرد به، وإن قرب إلا بقرب الشراء، وكذلك قطع اليد إن قلب يديه، وإن قال: لم يرنى[٣] العبد هذه اليد، حلف فيما قرب.

قال مالك: إن اشترى من بعض النخاسين غلامًا، فأقام عنده ثلاثة أشهر حتى صُرع [وتغير][٤] حاله - لا يردون؛ لأن هؤلاء يشترون، إن وجدوا ربحًا باعوا، وإلا خاصموا، فأرى أن يلزموا ما علموا، وما لم يعلموا.

قال ابن القاسم: يحلفون فى الخفى، ويلزمون الجلى.

فرع: فى الجواهر: إذا لم يوجد من يعرف العيوب من أهل العدالة، قبل

---

(١) فى ط: البيع.
(٢) بياض فى ط.
(٣) فى ط: ير.
(٤) سقط فى ط.

غيرهم، وإن كانوا غير مسلمين، لا طريقة للخبر بما ينفردون بعلمه.

فرع: قال: ويحلف البائع أنى بعته - ويريد فيما فيه حق تقوية - وأقبضته وما به عيب.

فرع: قال: حيث كان له الرد، فصرح بالرد، ثم هلك المبيع قبل وصوله إلى يد البائع - فأيهما يضمنها؟ أقوال، ثالثها: إن حكم به حاكم، وإلا فمن المبتاع، ويلاحظ ههنا: هل الرد بالعيب نقض للعقد فيكون من البائع؟ أو ابتداء بيع فيكون من المشترى؟ على الخلاف فى اشتراط قدر التسليم. هذه عبارة المتقدمين، ويقول المتأخرون: هل هو نقض للبيع من أصله، فيكون من البائع؟ أو من جنبه؟ قال: ولعل هذا الخلاف مع وجود الحكم فينظر إلى صفته: هل هو حكم بتخير المشترى فيكون الضمان منه؟ أو بالرد فمن البائع؟

قال صاحب البيان: قال أصبغ: يدخل العيب فى ضمان البائع بمجرد الإشهاد على العيب، وعدم الرضا، والذى يأتى على قول مالك فى الموطأ: أيرضى البائع بقبض المعيب أو قبوله عند الحاكم إن لم يعلم؟ وقيل: لا يكفى الثبوت حتى يحكم بالرد، ولا خلاف فى الدخول بعد الحكم. ولو رضى البائع بالقبض وامتنع المبتاع حتى يرد الثمن، فهلك، جرى على الخلاف فى المحبوسين بالثمن.

وقال (ش): لا يفتقر الرد إلى حضور البائع، ولا رضاه، ولا حكم حاكم قبل القبض، ولا بعده.

وقال (ح): قبل القبض يفتقر إلى حضوره دون رضاه، وبعد القبض يفتقر إلى رضاه؛ لأن ملكه قد تم على الثمن، فيفتقر[1] نقله عنه إلى رضاه، لو حكم حاكم.

وجوابه: أنه رفع مستحق بالعقد؛ فله الاستقلال به كالطلاق.

سؤال: كيف يستقيم قولنا: نقض العقد من جنبه أو من أصله، والواقع[2] يستحيل رفعه؟ وهذه العبارة عند غيرنا من المذاهب. فإن قلت: المراد: رفع الآثار- قلت: الآثار واقعة - أيضًا - يستحيل رفعها؛ فيتعين أنه رفع الآثار دون العقد.

---

(١) فى ط: فيتقرر.
(٢) فى ط: الرافع.

جوابه: أن معنى قولنا: من أصله، أى: أنا حكمنا الآن بعدم دوام تلك الآثار، وبأن الموجود منها معدوم تقديرًا لا تحقيقًا. وبيان[(١)] الشرع فى التقديرات إعطاء الموجود حكم المعدوم: كالنجاسة مع الضرورة، والضرر اليسير ونظائره كثيرة. وإعطاء المعدوم حكم الموجود: كتقدير الملك سابقًا فى العتق على العتق، وتقدير ملك الدية سابقًا على الموتِ حتى يصح ارثه.

فرع: قال ابن يونس: قال مطرف: يعاقب الغاشّ لمعصيته؛ لقوله - عليه السلام-: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»[(٢)] ولا [يفارق متاعه][(٣)]؛ لأن مال العصاة معصوم إلا يسير اللبن ويسير الخبز يتصدق به عليه؛ لأن التأديب بالأموال ترويج كالكفارات، ولا يرد إليه الزعفران المغشوش ونحوه، بل يباع عليه؛ خشية أن يدلس [به مرة][(٤)] أخرى، ويرد إليه من كسر من خبز.

قال مالك: ويقام من السوق.

فرع: قال: قال مالك: لا يخلط القمح بدونه، ويعاقب الفاعل. وكذلك القمح بالشعير؛ لأن الناس ينفرون من ذلك إذا اطلعوا عليه. بخلاف المتأصل، وكذلك جميع أنواع الطعام إلا التمور فى الحائط عند الجداد؛ لأنه العادة، فإن خلط القمح بالشعير لعياله، كره مالك بيع فضلته، وكذلك غيره، وخففه ابن القاسم إذا لم يتعمد. وقال ابن القاسم: بيع الجزاز الهزيل بالسمين، والمشترى يرى ذلك ويجهل هذا من هذا - كالشراء بالدرهمين بخلاف عشرين رطلًا؛ لأنه خطر.

قال: قال سحنون: يجوز صب الماء على العصير؛ لئلا يصير خمرًا.

قال صاحب البيان: لا يحل خلط لبن بقر وغنم وإن بينه للمشترى؛ لأنه غش، قاله ابن القاسم، ومنع خلط القمح بالشعير؛ سدًا للذريعة، فإن بيّن مضى، وإلا فله الرد، ويلزمه تبين مقدارهما.

فرع: فى الكتاب: إذا بعت من البائع بمثل الثمن، فلا يرجع فى تدليس ولا غيره؛ لأنك عاوضت على السلعة سليمة، أو بأقل قبل علمك: رجعت بتمام

---

(١) فى ط: شأن.
(٢) أخرجه مسلم (١٠١/١٦٤)، وأحمد (٤١٧/٢).
(٣) فى ط: تفارق مناعة.
(٤) فى ط: بثمرة.

الثمن، دلس أو لا؛ لتعين الضلالة، أو بأكثر، فلا رجوع للبائع عليك إن دلس، وإلا فله الرجوع وأخذ الثمن، ثم لك رده عليه، أو تتقاصان إن شئتما، وإن بعته ثم علمت بالعيب، فالخيار للبائع؛ لضرر الشركة فى غُرم نصف قيمة العيب، أو يأخذ نصف المعيب بنصف الثمن، ولا شيء عليه للعيب.

قال صاحب النكت: إن رد على المشترى نصف العبد بالعيب، وكان البائع غرم نصف قيمة العيب - فله[1] أخذه من المشترى؛ لذهاب ضرر الشركة، وللمشترى رد المبيع وأخذ الثمن.

وعند أشهب: إذا باع بأقل من نصف الثمن ،[رجع][2] بالأقل من تمام نصف الثمن، أو نصف قيمة العيب، ولو باع نصفه، ووهب نصفه، رجع فى الموهوب بنصف قيمة العيب على القولين، فإن وهب نصفه وبقى نصفه بيده، وجب له الرجوع فى الموهوب بنصف قيمة العيب، ويخير البائع بين غرم نصف قيمة العيب، وبين أخذ نصف العبد، ويرد نصف الثمن.

فرع: قال اللخمى: القيام بالسرقة والإباق على أربعة أوجه:

فيقول المشترى: يمكن أن يكون عندك، فاحلف لى، ولم نطلع منك على ذلك، أو أخبرت بذلك، أو فعل ذلك عندى وأخبرت بحدوثه عندك، أو علمت بحدوثه ذلك عندك - فعليه اليمين ههنا؛ للجمع بين دعوى العلم وثبوت ذلك، ولا يمين فى القسم الأول. ولا خلاف فى هذين، واختلف فيما عداهما: يحلفه ابن القاسم؛ لأنه أمر ممكن، وخالفه أشهب؛ سدًا لاتساع الدعاوى على البائعين. فإن قال العبد: كنت أبقت عند البائع:

قال مالك: يحلف البائع؛ لأنه لطخ.

فرع: فى الكتاب: إذا ظهر [العيب][3] بأحد الخفين، أو المصراعين ونحوه مما لا يفترق - رد الجميع، أو يرضى بهما؛ لأن تفريقهما ضرر، وقاله الأئمة.

قال: يرد السمسار الجُعل فى الرد؛ لعدم حصول المقصود.

قال صاحب النكت: إلا أن يدلس؛ لدخول المدلس على ذلك.

(١) فى ط: مثله.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

قال أبو الحسن: إلا أن يدلس السمسار معه فيرد؛ لدخوله هو أيضًا على ذلك.

قال ابن يونس: قال سحنون: هذا إذا ردت على البائع كرها، أما لو قبل باختياره [فهو إقالة؛ فلا يرجع بـ][١] السمسرة. ولو استحقت من المشترى، ثم ظهر فرجع بقيمة ما نقصه، رجع - أيضًا - على السمسار بما ينوب ما دفع البائع من قيمة العيب، وإن رد بطوعه، لم يرجع. وإن حدث بيد المبتاع عيب مفسد، واطلع على عيب قديم فرجع[٢] بقيمته، رد السمسار من الجعل ما ينوب العيب؛ لأنه جزء السلعة.

فرع: فى الكتاب: إذا قال البائع: المردود غير المبيع، صُدق المبتاع إن كان المردود يشبه الثمن، وإلا صُدق البائع.

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إن قال: الثمن عشرة، وقال البائع: خمسة، أو عرض - صدق مع يمينه؛ لأنه غارم، إلا أن يأتى بما لا يشبه، فإن أتيا جميعًا بما لا يشبه، رد البائع القيمة يوم قبض السلعة معينة.

قال: وهو مشكل، فإن الثمن إنما كان له وهو صحيح، وذلك - أيضًا - بعد أيمانهما أو نكولهما جميعًا، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، صدق الحالف، وإن أتى بما لا يشبه؛ لأن صاحبه كذب دعواه بنكوله.

فرع: فى الكتاب: إذا علّم الرقيق صنعة ترفع قيمته، ثم ظهر على عيب - فله الرد، أو يحبس ولا شىء له؛ لأنه إنما علّم لنفسه، فليس له إلزام[٣] ذلك لغيره. وأما الصغير يكبر، والكبير يهرم ففوت، ويرجع بقيمة العيب؛ لأن هذه عين أخرى.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: كان يجب فى التعليم الإمساك والرجوع بقيمة العيب لما أنفق فى التعليم. وقد قال أشهب: إذا أعتق فرد العتق للدين وبيع فيه، ثم أيسر، ثم أعدم، ثم ظهر على عيب كان عند البائع الأول - فله قيمة العيب، ولا يرده؛ لضرره بالعتق عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا زوجها فله الرد وما نقصه التزويج، وليس للبائع فسخ

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: فرجح.

(٣) فى ط: لزام.

النكاح؛ لأن النكاح صحيح لا يبطله إلا الطلاق، والبائع أذن فى التصرف، فإن ولدت فالولد يجبر النقص؛ فلا شىء عليه، وقال غيره: لا يجبر النقص بالولد كما جبرها.

فرع: قال اللخمى: إذا خاطه وأحب الإمساك، له الرجوع بالعيب، وإن أحب الرد، لم يرد للقطع شيئًا فى التدليس، وكان شريكًا بالخياطة بقيمة الخياطة يوم الرد؛ لأنه يوم تحقق الشركة إن زادت الخياطة وإلا فلا.

وقيل: قيمة الخياطة، لا بما زادت، وهو فرعُ الفسخ، هل من جنس العقد أو من أصله؟ وفى غير المدلس [يقوم ثلاث][1] قيم: غير معيب، ومعيبا، ومقطوعًا ومخيطًا.

فإن قيل: الأول مائة، والثانى تسعون، والثالث ثمانون - رد عشر ثمنه، وإن قيل: تسعون، فلا شىء عليه؛ لأن الخياطة جبرت القطع.

وإن قيل: مائة، كان شريكًا بعشرة. هذا إذا لم يتغير سوقه، فإن صبغه، ولم يقطعه، وأحب التمسك، أخذ قيمة العيب، كان البائع مدلسا أم لا، وإن رد، كان شريكًا لما يزيده الصبغ يوم الرد فى المدلس وغيره؛ لأن أثر التدليس فى التنقيص لا فى الزيادة.

ووافقنا (ح)، وقال (ش)، وابن حنبل: يبطل الرد؛ لأن الصبغ عقد معاوضة، فلا يجبر البائع عليه إلا برضاه.

وجوابه: لابد من أحد الضررين: إما إلزام المشترى معيبًا لم يدخل عليه، أو إلزام البائع معاوضة لم يرضها، وهو أولى أن يحمل عليه؛ لتقدم حق المشترى بالعقد، فإن نقصه لم يغرَم للتنقيص فى التدليس، وإلا غرم. والاعتبار بالزيادة والنقص يوم العقد، فإن نقص يوم العقد، غرم، وإن لم ينقص يوم الرد. وإن زاد يوم العقد ونقص يوم الرد: فلا غرم؛ لأنه لو رده ذلك اليوم برئ.

فرع: فى الجواهر: إذا باع حليا بخلاف جنسه نقدًا، فوجده معيبًا - يجوز دفع الأرش للمشترى من جنس المبيع أو من سكة الثمن عند ابن القاسم وأشهب، ويمتنع ما يخرج من جنس المبيع أو سكة الثمن عند ابن القاسم، وأجازه أشهب؛ لأنه دفع ظلامة لا معاملة مقصودة، وقال سحنون: يمنع الصلح فيها مطلقًا؛ لأنه

(١) فى ط: يقدم ثلاثة.

كصرف مستأخر.

النظر الثالث - فى الموانع المبطلة للخيار، وهى قسمان:

القسم الأول - يبطل الرد مطلقًا، وهو أربعة:

المانع الأول: البراءة من العيوب عند العقد من العيوب القديمة التى يجهلها البائع، ويخشى أن يلزمه.

قال صاحب التنبيهات: لمالك ولأصحابه فيها عشرة أقوال، له منها سبعة، منها فى الكتاب ستة، وله فى الموازية: يجوز فى الرقيق خاصة، وبيع السلطان فى التفليس والمغنم بيع براءة.

الثانى: القديم فى المدونة: البراءة بالتفليس، يبيع عليهم السلطان الرقيق دون الشرط والميراث.

الثالث: فى الموطأ: تختص بالحيوان والرقيق.

الرابع: فى كتاب محمد: لمالك: تختص بالتافه من الثياب والحيوان.

الخامس: له فى كتاب ابن حبيب: يعم الرقيق والحيوان، وكل شىء.

السادس: فى الواضحة: بما طالت إقامته عند البائع واختبره.

السابع: الذى رجع إليه فى المدونة: أنها لا تنفع مطلقًا، وقيل: لا يختلف فى بيع السلطان أنه بيع براءة، قاله ابن أبى زيد وغيره، وتأولوا لفظ المدونة.

الثامن: يصح بشرط، بل يوجبها الحكم فى بيع السلطان وأصل الميراث.

التاسع: فى المدونة: يختص بالرقيق دون غيره.

العاشر: قال ابن حبيب: تكون فى الرقيق وغيره من الحيوان والعروض، فى بيع الطوع دون بيع السلطان والمواريث.

وفى الجواهر: المشهور: الانتفاع بالبراءة، وروى عن مالك: عدم النفع، ومن المتأخرين من يحكى هذه الرواية مقيدة، ويقول: لم يختلف قوله فى جوازها فى اليسير، وبيع السلطان وعهدة الثلاث والسنة، ومذهب المدونة: تخصيصها بالرقيق.

وقال (ح): تصح فى كل شىء من الحيوان وغيره، ما علمه البائع وما لم يعلمه.

وحكى عن (ش) أربعة أقوال كقول (ح)، ولا تنفع[١] فى شىء من الأموال، ويختص نفعها بالعيوب[٢] الباطنة من الحيوان المجهول للبائع، والمشهور: أنه لا يبرأ عنده إلا ما أعلم دون ما لم يُعلم به، وقاله ابن حنبل.

وقد روى مالك فى الموطأ: أن ابن عمر - رضى الله عنهما - باع غلامًا له بثمانمائة درهم بالبراءة، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لى، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعنى عبدًا وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة - فقضى عثمان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبد الله أن يحلف، فارتجع صحيحًا وسقيمًا.

فرع: شرط البراءة حسمًا للخصومة، والفرق بين الناطق وغيره على الخلاف: أن الناطق يكتم عيبه كراهة فى المشترى أو البائع، بخلاف غير الناطق لا تخفى أحواله، أو يخالطه نهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر والمجهول، والبيع بالبراءة يقتضى الجهل بعاقبة المبيع، ولأنه خيار فسخ؛ فلا يجوز إسقاطه بالشرط: كاشتراطه إسقاط خيار الرؤية فى بيع الغائب.

وقال الحنفية: الأصل يقتضى ألا يرد بالعيب مطلقًا؛ لأنه إذا قال: بعتك هذا، فالعقد إنما تناول الموجود دون المعدوم، لكن العُرف اقتضى السلامة من العيوب، فكان كالشرط، فيرجع بالعيب؛ استدراكًا للظلامة، فإذا اشترط الأصل، فقد صار الأصل مقصودًا بلسان المقال الذى هو مقدم على العرف؛ فإن كل عادة صرح بخلافها لا تعتبر، ورد عليهم النهى عن الغرر والمجهول، وعن التدليس والغش [والاستدلال له بالسنة][٣] باطل، وقالوا: أجزاء المبيع وصفاته حق للمتعاقدين؛ فلهما إسقاطها كسائر حقوق الآدميين. قلنا: العلم بأجزاء المبيع وصفاته حق الله تعالى، فلا يجوز للعبد إسقاطه بالشرط: كحد الزنا والسرقة، قالوا: ولو كان العلم شرطًا لما جاز البيع. وهو خلاف الإجماع.

---

(١) فى ط: ينتفع.
(٢) فى ط: بالديون.
(٣) فى ط" والاستدلال بماله السنة. وفى أ: والاستدلال مثاله السنة.

قلنا: التعاين فى الأثمان معتاد، والتدليس حرام بالنص، فهذه مدارك الحنفية.
وأما بيع السلطان وغيره: فيلاحظ لدعوى الضرورة لذلك لتحصيل المصالح، من تنفيذ الوصايا ووفاء الديون. فلولا البراءة لم تستقر المصالح، وعن نقض ذلك على الأئِمة؛ لتكرر(١) ذلك عليهم؛ ولذلك يضمنهم بالشرع ما أتلفوه بالخطأ فى الأحكام من مال أو نفس؛ لئلا ينفر الناس من ولاية الأحكام لعظيم الضرر.

قاعدة: الحقوق ثلاثة: حق لله محض، وحق للعبد محض، وحق مختلف فيه: هل يغلب حق الله، أو حق العبد؟ فالأول: كالأيمان، والثانى: كالنقود والأثمان(٢)، والثالث: كحد القذف، واختلف فيه: هل يتمكن المقذوف من إسقاطه كالدين أم لا كالصلاة والصوم؟ ونعنى بحق الله - تعالى -: أمره ونهيه، وبحقوق العبد: مصالحه، .ونعنى بحق العبد المحض: هو الذى غلب فيه حقه فيتمكن من إسقاطه، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله - تعالى -، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه.

قاعدة: الغرر ثلاثة أقسام:

متفق على منعه فى البيع: كالطير فى الهواء.

ومتفق على جوازه: كأساس الدار.

ومختلف فيه: هل يلحق بالقسم الأول لعظمه، أو بالقسم الثانى لخفته أو للضرورة إليه؛ كبيع الغائب على الصفة والبرنامج، ونحوهما.

فعلى هاتين القاعدتين يتخرج الخلاف فى البراءة؛ فإن (ح) يرى: إن كان المبيع معلوم الأوصاف حق للعبد؛ فيجوز له التصرف فيه وإسقاطه بالشرط، وغيره يراه حق الله - تعالى -، وأنه حجر على عباده فى المعاوضة على المجهول. و (ح) يرى: أن غرر العيوب فى شرط البراءة من الغرر المغتفر لضرورة البائع؛ لدفع الخصومة عن نفسه، وغيره يراه من الغرر الممنوع؛ لأنه قد يأتى على أكثر صفات المبيع. فتأمل هذه المدارك فهى مجال الاجتهاد. وإذا نظر أيها أقرب لمقصود الشرع وقواعده، فاعتمد عليه، والله هو الهادى إلى سبيل الرشاد.

---

(١) فى ط: ليكون.

(٢) فى ط: والإيمان.

تفريع: فى الجواهر: المشهور: أنها لا تنفع من لا يختبر ملكه قبل البيع؛ إذهابًا للجهالة بالمبيع، وقال عبد الملك: تنفع، وإذا تبرأ من عيب ذكره فى جملة عيوب ليست موجودة - لم تنفعه؛ لأن ذلك يوهم عدمه، بل حتى يبين موضعه وجنسه ومقداره ظاهرًا أو باطنًا، ولا يمكن الاقتصار على مشاهدة لا تقتضى الإحاطة، أو لفظ يحتمل، كما لو أراد دبرة وهى مقبلة، ولم يذكر بغلها، وكذلك الذى يتبرأ من السرقة والإباق، والمبتاع يظن قرب ذلك أو قلته وهو كثير، فلابد من بيان ذلك مفصلًا، وبيع الورثة لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا هو مراد بيع الميراث، أما بيعهم لانفصال بعضهم من بعض، كبيع الرجل مال نفسه لعدم ضرورة تنفيذ المصالح، وكذلك البائع للإنفاق على الورثة.

وإذا قلنا: بيع السلطان بيع براءة، فظن المشترى أنه كبيع الرجل مال نفسه خير بين التمسك على البراءة أو الرد، وقيل: لا مقال له، حمل هذا على أنه ادعى مالا يشبه؛ لأن بيع السلطان لا يخفى غالبًا؛ لكونه لا يكون إلا فى جمع.

وفى الكتاب: يمتنع بيع الرائعة بالبراءة من الحمل، إلا أن يكون ظاهرًا من غير السيد؛ لأنه نقص فيها بخلاف الوخش، فإنه ربما زاد فى ثمنها، وإذا باع السلطان عبد المفلس، وقسم الثمن بين غرمائه، لم يرده المبتاع بالعيب القديم؛ لأنه بيع براءة، إلا أن يعلم أن المديان كتمه، فيؤخذ الثمن من الغرماء إن كان الآن معدمًا، ثم يباع لهم ثانية، فإن نقص ثمنه عن حقهم اتبعوه، وإن كان مليًّا أخذ منه، فإن كان أعتقه أولا، كان الآن حرًّا؛ لأن رد العيب منع البيع الأول من التمام، فينفذ العتق، ولو حدث به عيب آخر عند المبتاع، كان له حبسه وأخذ قيمة العيب [من ربه فى ملائه][1]، ومن الغرماء فى عدمه، أو يرده وما نقصه العيب فى ملك البائع، أو يباع للغرماء فى عدمه.

فرع: قال اللخمى: إذا قال: به كذا وكذا عيب، وذكر العيب الواقع معها - لم ينفعه، وكذلك لو أفرده حتى يقول: ذلك به.

قال: وأرى إذا أفرده، أن يبرأ، وإن لم يُقل: ذلك به؛ لأن التلفيق إنما لم ينفعه؛ لأن النخاسين يفعلون ذلك فيما ليس به عيب احتياطًا، فلا ينقص الثمن لأجله.

---

(١) فى ط: من ماله.

فرع: قال: لا تنفع البراءة فيما علمه السلطان أو الوصى، وللمشترى الرد على الغرماء؛ لأنه تدليس.

فرع: قال: إذا وجد عيبًا قديمًا بالمبيع بالبراءة، له تحليف البائع: أنه لم يعلمه، فإن نكل، رد عليه.

قال محمد: قال مالك: وإن شرط - ولا يمين عليه - كان له شرطه إلا أن يكون العيب مما لا يخفى على البائع، [و] اختلف فى المشكوك.

وقال ابن حبيب: لا يمين عليه فى الخفى ولا فى الظاهر؛ لعدم تعين سبب اليمين. وقال ابن القاسم: يحلف، فإن نكل، ردت من غير يمين المشترى؛ لأن الأصل: الرد بالعيب، والقيام بموجب العقد.

فرع: قال: إن اشترى على البراءة، وباع على العهدة، ولم يخبر بذلك، قال مالك: للمشترى الرد؛ لأن البراءة توهم العيب، وعنه خلافه؛ لعدم تعين العيب.

قال مالك: لا يبع بالبراءة من اشترى على العهدة؛ لأنه ضمن للمشترى العيب، ويرجع به هو على بائعه، فكأنه أخذ ثمنين؛ فكذلك إذا اشترى بعهدة الثلاث، ثم باع من يومه بالبراءة، فيموت فى الثلاث، ويرجع على البائع. قال ابن القاسم: إذا اشترى بالبراءة وباع بالعهدة، فوجد الثالث عيبًا - رده على الأوسط، وعلى الأول اليمين.

وقال فى عبد تناوله ثلاثة نفر بالبراءة، فوجد الآخر عيبًا كان عند الأول - حلف الوسط: ما علمه وليس بين الأول والآخر شيء؛ لعدم المعاملة.

فرع: لم يختلف فى عليّ الجوارى: أنهن لا يبعن على البراءة فى بيع السلطان وغيره، إلا أن يكون ملك امرأة، أو صبى، أو منفعة السبى؛ خشية توقع الحمل.

فرع: قال صاحب النكت: قال ابن حبيب: إنما تجوز البراءة فى الرقيق بعد طول اختباره، فإن لم تطل إقامته عنده ولا اختبره، كره له؛ لأنه يشبه المخاطرة.

قال أصبغ: فإن وقع مضى.

فرع: قال ابن حبيب: ويبرئ من كل عيب لم يعلمه، وإن أتى ذلك على جل الثمن عند مالك وأصحابه إلا المغيرة قال: إلا أن يجاوز الثلث.

فرع: قال اللخمى: فلو لم يذكر قدر العيب ولا تفصيله:

قال ابن القاسم: البيعُ جائز، وإن كان قليلًا: لزم المشترى، وقال أشهب: يفسد للغرر.

فرع: قال ابن يونس: جوز بالبراءة، فيجوز أن توضع بعد العقد بدينار، ويرجع بالعيوب؛ لأنه الأصل.

فرع: قال صاحب المنتقى: لم أر لأحد من أصحابنا ضابط ما تدخله البراءة، وضابطه: أنها تدخل فى كل عقدٍ معاوضة، ليس من شرطه التماثل، احترازًا من القرض؛ فإنّ مِن شرطه التماثل، واشتراط البراءة فيه وفى القضاء يمنع التماثل؛ لجواز أن يكون بأحدهما من العيوب ما ليس فى الآخر، والحيل بالتماثل كالتفاضل.

فرع: قال: ومقتضى اختصاص البراءة [بالرقيق][1] إذا وقعت فى الحيوان أن تفسخ، والمنقول عن مالك: صحة البيع وبطلان الشرط، وقال أشهب: لا أفسخه فى الحيوان، وأفسخه فى العروض إلا أن يطول.

فرع: قال: إذا قلنا: بيع السلطان فى المغنم والميراث والتفليس بالبراءة، فباع ولم يبين أن المبيع من ذلك، - فعند مالك: للمشترى القيام؛ لعدم الرضا بالبراءة، وقال أصبغ بنفيها؛ لأن بيع السلطان ونائبه[2] لا يخفى، وأما بيع الوصى والورثة: فلابد من علم المبتاع؛ لأنه قد يخفى.

فرع: قال: الذى تقع فيه البراءة خاص وعام، والأول ثلاثة أقسام:

متفق على جوازه، ومتفق على منعه، ومختلف فيه.

فالأول: البراءة من حمل الأمة الظاهر.

والثانى: من حمل أمة أقر البائع بوطئها؛ لأن الإنسان لا يبرأ من ولده، ويفسد العقد - على الصحيح - للشرط الباطل، وعن مالك: لا يفسد.

والثالث: من حمل الرائعة الذى لم يظهر ولم يقر بوطئها. منعه مالك[3]، وقاله (ش). فإن دفع بعد العقد دينارًا للبراءة: منعه مالك فى الدابة؛ لعدم تعين العوض، وحصره ابن حبيب فى الجارية دون الدابة، كما يجوز شراء طلب العبد بعد العقد، وأما البراءة العامة مما لا يعلم، فتصح - عند مالك - فى كل عيب إلا حمل الرائعة،

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: باسه.

(٣) فى ط* زاد قوله: فى الدابة؛ لعدم، على قول ابن حبيب الجواز.

كان العيب ظاهرًا أو خفيًا.

المانع الثانى: فوات المعقود عليه حسًا: بالتلف، أو حكما: بالعقد والاستيلاد والكتابة والتدبير؛ لأن الرد بالعيب فرع وجود العين، وحيث لا عين لا رد.

وفى الكتاب: باع عبدًا بثوبين، فهلك أحدهما ووجد الآخر معيبًا وهو وجه الصفقة، رده وقيمة الهالك، وأخذ العبد، فإن فات بحوالة سوق، أو تغير بدن، والثانى [له][1] ثلث القيمة أو ربعه، رجع بحصة ذلك من قيمة العبد لا فى عينه؛ نفيًا لضرر الشركة، ولو كان العيب بالعبد، رده مشتريه. فإن كان الحاضر أرفع الثوبين، ولم يفت بحوالة سوق أو غيره - أخذ مع قيمة الهالك، وإن فات بتغير سوق أو غيره، أو لم يفت وليس وجه الصفقة، أسلمه وأخذ قيمة ثوبه ما بلغت.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: معنى قوله: ثلث القيمة، يريد: أو النصف، أو الثلثين؛ فإنه يرجع بحصته من قيمة العيب لا فى عينه؛ لأن العبد لما فات وجب الرجوع فى قيمته، والقيمة عين، فصار الشراء فلا ينظر هل المعيب وجه الصفقة أو لا؟ قال محمد: إن كان المعيب أدنى الثوبين وقد فات الأرفع أم لا، والعبد لم يفت - رد المعيب وحده، ورجع بحصته من قيمة العبد لا فى عينه؛ لضرر الشركة. وقال أشهب: بل فى العبد؛ لأنه الثمن، وعلى رأيه: لا يراعى وجه الصفقة فى العيب؛ لأنه لا يراعى ضرر الشركة ونحوه له، فمن باع جارية بجاريتين قيمتهما سواء، يرجع فى المعيبة بنصف القيمة فاتت أم لا، وقال أشهب: يرجع فى عينها.

قال محمد: إن كانت المعيبة أرفعهما ونقص بدنها، ردهما وأخذ جاريته، إلا أن تفوت بسوق أو بدن، فقيمتها يوم خروجها من الاستبراء. وإن لم تفت المعيبة ولا المنفردة، وفاتت الدنية: رد المعيبة وقيمة الدنية مطلقًا لا حصتها؛ لانتقاض البيع، ويأخذ جاريته، وإنما يفيت المنفردة عيب مفسد. وإن فاتت المنفردة - فقط - فى سوق أو بدن رد المعيبة فقط، ورجع بقيمتها من قيمة صاحبتها إن فاتت الدنية، فيأخذ تلك الحصة من قيمة المنفردة، وإن لم تفت الدنية، ردها مع المعيبة، وأخذ قيمة المنفردة، وإن فاتت بقيمتها يوم القبض.

قال صاحب التنبيهات: جعل فى الكتاب تغير السوق مفيتا للعرض المعيب؛ لأنه

---

(١) سقط فى ط.

إذا كان قائمًا فإنما يرد بالحكم، فأشبه البيع الفاسد، وعنه خلاف ذلك، ولا خلاف أن حوالة السوق لا تفيت الرد بالعيب.

فرع: فى الكتاب: قال ابن حبيب: إذا اختلفا بعد ضياع ما يغاب عليه، فقال البائع: ملكتك فركبت، وقال المبتاع: بل منعتنى - إن علم هلاكه فمن المبتاع، وإلا صدق مع يمينه، إلا أن تقوم بينة على تمكين البائع وامتناع المبتاع، وقاله ابن القاسم؛ لأنه غارم.

فرع: فى الكتاب: إذا قبض الجارية بعد شهرين وحوالة السوق، ثم ماتت عنده، ثم ظهر [عيب فالتقويم][(١)] العقد؛ لأنه صحيح، بخلاف الفاسد لا يضمن إلا بالقبض، وإن ماتت عند المبتاع أو تعيبت بعد قبض الثمن، فضمانها من المبتاع، وإن كان البائع حبسها بالثمن كالرهن. هذا إذا لم يكن فيها مواضعة، وقال عن [العبد][(٢)] المحبوس بالثمن: من البائع، وضمان الجارية: من المبتاع، وإن هلكت عند البائع حتى يقضى له بالرد بالعيب، أو يبرئه البائع منها، وينفذ عتقها من المبتاع؛ لأنها ملكه، وله الرضا بالعيب دون عتق البائع، بخلاف البيع الفاسد؛ لعدم الملك [هناك][(٣)]، إلا أن يعتق المبتاع قبل عتق البائع؛ فقيمتها ذلك.

قال ابن [. . .] اختلف قول مالك فى ضمان العبد إذا لم ينفذ؛ نظرًا إلى أن المحبوس بالثمن كأنه لم يملك، أو إلى أن العقد باطل.

قال ابن القاسم: ولو قبض الجارية، ثم أشهد على البائع أنه لم يرض بالعيب، ثم ماتت بعد الإقالة أو أصابها عيب، فمن المشترى؛ لضمانها بالقبض. وقال محمد: من البائع، كما لو استوجب سلعة قريبة العيبة؛ فإنها من المشترى قبل القبض، فإن امتنع البائع من الإقالة فيقضى عليه فمن المشترى؛ لأنه لم يوجب الإقالة على نفسه، وقال مالك أيضًا: من البائع.

قال صاحب التنبيهات: قال أشهب: إذا أعتق البائع فى يد المشترى، لا يعتق عليه إذا رجع إليه؛ لأنه فى ضمان غيره، فإن كان فى يد غيرهما نفذ عتق السابق

---

(١) فى ط: عيبها لتقويم.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

منهما، وإلا فعتق صاحب الحوز؛ لأنه أملك به، وقال: إذا أشهد المبتاع أنه غير راضٍ بالعيب، برئ منه إلا أن يطول الأمر حتى يرى أنه راضٍ.

فرع: فى الكتاب: إذا تصدق بها أو وهبها لغير ثواب، فهو فوت، ويرجع بقيمة العيب؛ لتعلق حق الغير. وإن باعها، أو وهبها للثواب، أو أجرها، أو رهنها، فلا يرجع بشىء، فإذا زالت الإجارة أو الرهن، فله الرد، فإن تعيبت، رد نقصها، وقال أشهب: إن افتكها حين علم بالعيب فله ردها، وإلا رجع بما بين الصحة والعيب.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا قرب الأجل فى الإجارة أو الرهن نحو الشهر، أخر إلى انقضائه، وإلا ففوت، وإن باع مع العلم بالعيب فقد رضيه، وإلا فلم ينقص للعيب.

قال مالك: لو ادعى بعد البيع العيب لم تكن له المطالبة؛ لأنه لو ثبت لم يوجب عليه شيئًا، إلا أن يرجع إليه بشراء أو ميراث أو صدقة أو بعيب أو غير ذلك؛ فله الرد على البائع، وقاله (ش) وابن حنبل. وقال (ح): ليس له رده إلا أن يكون البيع بحكم حاكم؛ لأنه أسقط حقه من الرد بالعيب، فلا يرد ولو رضى به.

وجوابه: أن الرد امتنع لعجزه عنه، ويرد بعد التمكن؛ كما لو امتنع لغيبة البائع. وقال الأئمة: لا يرجع قبل الشراء بشىء؛ لأنه استدرك ظلامته بالبيع، وقياسًا على زوال العيب، كما قال مالك. وقال أشهب: إذا رجع بشراء ولم يعلم بعيبه، فله الرد على البائع الأخير؛ لأن عقده يقتضى عهدته، ثم هو مخير فى الرضا والرد على المشترى الآن؛ لأن العهدة الآن عليه، فإن رده عليه فله رده على البائع الأول بالأقل من تمام الثمن الأول، أو قيمة العيب، ولو باعه المشترى الثانى من المشترى الأول بأقل مما اشتراه، فله الرجوع على المشترى الأول بتمام ثمنه لا بالأقل؛ لأن له رده عليه وهو الآن فى يديه. ولو باعه من غيره بأقل، فرضيه مشتريه، لم يرجع إلا بالأقل، ولو وهبه من المشترى الأول، أو تصدق به عليه، رجع بقيمة العيب من الثمن الذى اشتراه به منه، وللمشترى الأول الرد على البائع الأول، وأخذ جميع الثمن الأول، ولا يحاسبه ببقية الثمن الذى قبضه من الواهب؛ لأن الثانى وهبه

غيره، [ولو رثة][1] المشترى الأول، فله رده على البائع الأول، وأخذ جميع الثمن؛ لأن ما وجب للميت قد ورثه المشترى الأول عنه.

قال محمد: إن كنت نقصت منه الثمن؛ لأجل العيب لظنك حدوثه عندك، وتبين عيبه - رجعت بالأقل، وقال ابن عبد الحكم: بل بقيمته كاملة.

قال ابن حبيب: إن بعته بالثمن فأكثر، ثم رجعت بشراء أو ميراث أو هبة: قضى عليك بعدم الرجوع؛ لخروجه بمثل الثمن فلا رجوع، وإلا فلك الرجوع.

قال أبو محمد: بل لك الرد قضى عليك أم لا؛ لانتقاض السبب المانع من الرد، ولو فاتت عند المشترى الثانى ورجع عليك، فلك الرجوع على البائع الأول بقيمة العيب مالم تكن أكثر [مما][2] غرم الثالث؛ فلا ترجع إلا بما غرم الثالث.

فرع: فى الكتاب: إن ولدت من غيره ردها مع ولدها أو أمسكها؛ لأنه [. . .][3] فإن مات ولدها، فله ردها والرجوع بالثمن كله؛ لأن الولد غير مبيع، إلا أن تنقصها الولادة فيرد نقصها، فإن فاتت، لم يكن له رد الولد مع قيمة الأم يوم العقد بغير ولد؛ لهلاك المبيع بجملته.

قال أشهب: إلا أن يأخذ من القاتل فى قيمتها مثل الثمن؛ لأن الرد بالعيب نقض للعقد من أصله، فالمأخوذ للبائع يسد عنه مسد الثمن.

قال صاحب تهذيب الطالب: إذا اشتراها حاملًا فولدت عنده، لم يحدث عنده عيب إذا لم تنقصها الولادة. وإذا ردها[4] رد ما أخذ [فى][5] الولد من ثمن أو قيمة، بخلاف المفلس: يبيع الولد. وقال أصبغ: يرد فى العيب من الثمن قدر قيمته كأنه اشتراه مع أمه مولودًا.

وإن مات الولد، ردها، ولا شىء عليه فيه، وإن ماتت[6] أو قتلت، رجع بأرش العيب.

قال أشهب: إلا أن يقول البائع: آخذ ما أخذ فى الولد من ثمن أو قيمة، أو الولد

---

(١) فى ط: ولورثة.
(٢) سقط فى ط.
(٣) بياض فى ط.
(٤) فى ط: ردمها.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: مات.

نفسه إن كان باقيًا، أو قيمة الأم إن أخذت لها قيمة - فذلك له، وإلا فعليه قيمة العيب أو ما نقص من الثمن بعد أن يحسب عليه ما أخذ من قيمة أو ثمن، ويرجع القاتل عليه بقيمة العيب يوم القتل؛ لأنه دفع مقابلة ذلك الوقت، إن لم يعلم به، ويضم لقيمة الأم ما أخذ فى الولد من ثمن أو قيمة، ويرجع بما بقى على البائع.

قال أبو محمد: ومعنى قول أشهب فى الكتاب: إذا قتلت الأم رجع بقيمة العيب إلا أن يكون أخذ فى القيمة بمثل الثمن - يريد: أو كانت القيمة مثل حصة العيب من الثمن؛ لأنه إنما يرجع بالعيب. وقال ابن شبلون[1]: بل معناه: مثل رأس ماله.

قال بعض الشيوخ: وقول أشهب خلاف قول ابن القاسم؛ لأنها تقوم على القاتل معيبة، فتبقى حصة العيب عند البائع. وقول أشهب فى الكتاب: إذا ماتت الأم فللبائع أخذ الولد ورد الثمن كله - خلاف قول ابن القاسم، بل يرجع بقيمة العيب؛ لأن الولد لو هلك مع بقائها لم يعتبر، ولو جرحت الأم موضحة ردها، ولا يرد الأرش؛ لأنها لا ينقصها.

قال صاحب البيان: زيادة المبيع: إما فى الحال بالصنائع والأموال فليس فوتًا اتفاقًا، أو فى العين، وهى ثلاثة أقسام: الولد، والكبر، والسمن.

ففى الولد قولان: ليس بفوت، بل له الرد، ورده أو ثمنه إن باعه. وقيل: فوت.

وفى كبر الصغير وسمن الجوارى قولان.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: الهبة للابن الصغير ليس بفوت؛ لقدرته على الانتزاع؛ فلا يكون له الرجوع بأرش العيب، وقال ابن حبيب: فوت؛ لتعلق حق الأرش.

فرع: قال بعض الشيوخ: إذا بلغ بالمرض حد السياق، فأخذ أرش العيب، ثم عجز المكاتب وصح المريض - لا ينقض الحكم؛ لأن سببه كان محققًا.

المانع الثالث: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت.

وهو التقصير عند الاطّلاع، ومكث من غير عذر؛ فيبطل الرد، والأرش، إن كان البائع حاضرًا. فإن كان غائبًا: أشهد شاهدين بالرد، فإن عجز، حضر عند القاضى وأعلمه، فيكتب للبائع إن قربت غيبته، وإن بعدت تلوم له؛ رجاء قدومه، فإذا لم

---

(١) فى ط: شلبون.

يرج قدومه: قضى عليه إن أثبت المشترى الشراء على بيع الإسلام وعهدته.

وفى الكتاب: إذا مضى بعد اطلاعه وقت يمكنه الرد فيه - ولكنه لا يعد رضا؛ لقربه كاليوم ونحوه - يحلف: أنه لم يكن راضيًا، وله الرد، وقاله ابن حنبل؛ قياسًا على القصاص، ولا يخل به التأخير حتى يفهم الرضا.

وقال (ش): بل الرد بالعيب على الفور؛ لأن التراخى يدل على الرضا، وهو ممنوع، والفعل: أن يتصرف فى المبيع أو يستعمله بعد علمه بالعيب، تصرفًا واستعمالا لا يقع فى العادة إلا برضا بالتمسك، فإن تردد بين الرضا وعدمه، لم يقض عليه به؛ لأن الأصل: بقاء حقه. هذا هو الضابط، ثم تذكر فروعه.

فرع: فى الكتاب: إذا قضى على الغائب بالعيب بيعت السلعة، وأعطى المشترى الثمن بعد البينة على النقد ومقداره، لاحتمال أن البائع لم يقبض الثمن، وما فضل [فعند أمين](1) أو نقص، رجع به المبتاع على البائع.

قال اللخمى: أرى إذا كانت العادة البيع على البراءة، لم يحكم له بالرد إلا أن يثبت أنه اشترى(2) على العهدة، وإلا فالأصل: العهدة، ويستظهر باليمين، ولا يكلف البينة على نقد الثمن حيث يصدق، وإذا أنكر البائع بأن تكون العادة النقد، أو طال الزمان قبل سفر البائع، أو كان المشترى غريمًا، وليس للمشترى الرد على تابع البائع؛ لأن التابع الغائب قد يرضى بالعيب، إلا أن يكون الغائب معدمًا؛ لأنه لو حضر منع من الرضا إذا كانت السلعة لا توفى الثمن، كبيع المدبر من التبرع، ولو استحقت كان له القيام على الأول، بخلاف العيب؛ لأنه لا يؤثر فيه الرضا لبطلان العقد فى أصله.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: إنما تلزم البينة على بيع الإسلام وعهدته إذا امتنع من الحلف، وإلا صُدق مع يمينه؛ لأن بيع الإسلام هو الغالب، وإذا أشهد على العيب، ثم باعه، فليس له مطالبته إذا قدم، إلا أن يقضى به السلطان؛ لأن البيع رضا.

قال محمد: إلا أن يكون فى بلد لا سلطان فيه، أو سلطان لا يقضى على

(١) فى ط: معمراس.
(٢) فى ط: اشتراه.

الغائب؛ فله الرجوع بعد الإشهاد، ويتبعه ببقية الثمن، فإن وجد العيب بعد السفر بالدابة فى السفر، فروى ابن القاسم عن مالك: له ردها؛ لأنه كالمكره بالسفر، وليس عليه فى ركوبها[١] شيء، ويركبها[٢] بقية السفر، فإن وصلت بحالها ردها، أو عجفت، نقصها، أو يحبسها ويأخذ قيمة العيب؛ لأن الاضطرار يبيح مال الغير، والسفر ضرورة. وروى أشهب: إن حمل عليها بعد علمه لزمته. وإن سافر لغرض عليه فى ردها مؤنة، أو بثوب فلبسه، فليقم البينة على بيع الإسلام وعهدته، وعدم البراءة ببيعة الإمام على البائع، فإن لم يجد بينة[٣] فليس له إلا الرضا به، أو الرد إلى بلد البائع، وله استخدام العبد دون وطء الأمة؛ لأن الوطء يعتمد الملك المقرر، وهذا بصدد النقص، وللحاضر استخدام الأمة والعبد، ويركب الدابة بعد قيامه إلى القضاء بالرد؛ لأن عليه النفقة.

وفى الجواهر: المشهور فى العبد والدابة: ترك الاستعمال، وأباحه ابن حبيب؛ قياسًا على العقار، وعلى المشهور: ينزل عن الدابة إن كان راكبًا إلا أن يتعذر عليه القعود؛ فيعذر بالركوب إلى مصادفة الخصم أو القاضى، وأما الاستعمال المنقص فيمنع، كلُبس الثوب.

المانع الرابع: ذهاب العيب قبل القيام.

ففى الجواهر: يسقط القيام إلا أن يبقى علقة، كالطلاق فى الزوجين، وكذلك كل ما لا يؤمن عوده، اتفق مالك وأصحابه على الطلاق، واختلفوا فى الموت: فقال مالك: كالطلاق؛ لبقاء العدة، وقد يكون منه ولد [و][٤] لا يعلم. وقال ابن حبيب: ليس[٥] بعيب للناس.

وإن ذهب العيب قبل القيام، فلا رد، أو بعد العلم، فقال ابن القاسم: لا رد. وقال أشهب: له الرد، وإن ذهب قبل الشراء، فلا رد إلا إن لم تؤمن عودته كجذام[٦] أحد الأبوين أو الأجداد.

(١) فى ط: ركونها.
(٢) فى ط: تركها.
(٣) فى ط: ثلثه.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: لبس.
(٦) فى ط: كخدام.

قال ابن القاسم: إذا اشتراها فى عدة طلاق فلم يردها حتى انقضت عدتها، فلا رد.

قال: وكذلك أرى إذا اشتراها بعد حيضة؛ لأنه دخل على أنها توقف حتى تحيض، فلا مضرة إلا أن تكون من الوخش؛ لأنها تشترى على أنها تقبض بالحضرة، ويحمل قوله على أنه علم لها زوجًا طلقها، لكنه يعتقد انقضاء العدة، فلو جهل الزوج كان له الرد وإن انقضت العدة. وتزويج العبد بغير إذن سيده عيب، وإن فسخه السيد قبل الدخول أو طلق العبد؛ لأن تعديه فى ذلك يشينه. وإن تزوج بإذن سيده، ثم طلق قبل الدخول، لم يرد إلا أن يكون العبد تحلق على سيده حتى زوجه، والدين عيب إلا أن يقضيه السيد.

قال سحنون: إلا أن يستدين فى سعة؛ فإن ذلك خلق يبقى.

قال: وأرى إن كانت المداينة بغير إذن سيده: أن يرد بعد الإسقاط؛ للجرأة على ذلك، وإسقاط الجناية الخطأ يسقط الرد بخلاف العمد. وإذا حدثت الحُمَّى فى عهدة الثلاث وذهبت:

قال ابن القاسم: لا رد، وقال أشهب: يرد؛ لاحتمال بقاء سببها.

قال: وأرى أن يستأنى به، فإن استمر بدونه لم يرد، والضابط: أن العيب إن كان الغالب عوده، أو أشكل أمره - رد؛ استصحابًا للحالة السابقة.

فرع: قال اللخمى: إذا أخبر البائع بالطلاق عند العقد برئ، ولا يطؤها المشترى ولا يزوجها حتى تشهد البينة على الطلاق أو الوفاة؛ لثبوت أصل الزواج إذا لم تكن طارئة، أو قدمت من موضع قريب يقدر على استعلام ذلك منه، وإن كان بعيدًا حلت للسيد والزوج.

فرع: فى الكتاب: إذا انقطع البول فى الفراش فله الرد؛ إذ لا يؤمن عوده.

القسم الثانى من الموانع - ما يمنع من الرد على وجه دون وجه:

وهو تغيير المبيع، والتغيير ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: تغيير يفيت المقصود من العين فيمنع؛ لأنه يصيرها كالمعدومة؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها.

الضرب الثانى: تغيير لا بال له، لا يمنع الرد، ووجوده كعدمه.

ففى الكتاب: لا يفيد الرد حوالة الأسواق، ولا نماء، ولا عيب خفيف: كالرمد،

والكى، والدماميل، والحمى، والصداع، وذهاب الظفر. وله الرد بغير شىء وإن نقصه، وكذلك الأنملة فى الوخش.

قال ابن يونس: الفرق بين هذا، وبين البيع الفاسد تفيته حوالة الأسواق: دخول المتبايعين على شىء واحد فى البيع الفاسد، فسوى بينهما فى زيادة السوق ونقصه، وههنا لم يدخلا على الرد.

قال ابن حبيب: وكذلك ما حدث عنده من شرب الخمر، أو الزنا، أو السرقة، أو الإباق، فقيل: يحتمل أن يكون هذا خلافًا لابن القاسم؛ لأن هذه قد تنقصه كثيرًا، والفرق بين البائع يرد عليه بالعيب الخفيف وبين المشترى: أن البائع يتوقع تدليسه بخلاف المشترى.

قال: وهذا استحسان، والقياس: التسوية؛ فيلحق المشترى بالبائع.

الضرب الثالث: تغيير له بال ولا يخل بالمقصود، فيخير بين التمسك وأخذ أرش العيب القديم، أو الرد وما نقصه العيب الحادث.

وفى الكتاب: إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبًا، ويرد جميع الثمن؛ فذلك له.

وفى الجواهر: قال عيسى بن دينار: لا يسمع من البائع ذلك؛ لأن الخيار حكم ثبت للمشترى، فلا يتمكن البائع من إبطاله.

قال صاحب النكت: إذا قطعه وخاطه، فقال البائع: أعطنى فيه الخياطة، ولا ألزمك نقصان القطع حتى لا تمسكه - ليس له ذلك، بخلاف طرح أرش العيب الحادث إذا لم يخطه؛ لأنه بالخياطة صار شريكًا فلا يستقل شريكه بإبطال شركته، وعن أبى الحسن: أن القيام بالصبغ يوم الحكم لا يوم البيع؛ لأن الرد فسخ، فالقيمة يوم الحكم، وجعل الشركة بما زاد الصبغ، وجعله فى الاستحقاق إذا امتنع المستحق من دفع قيمة الصبغ، والمشترى من دفع قيمة الثوب: أن الشركة بقيمة الصبغ دون زيادة؛ لأن الراد بالسكوت[1] شك، وأخذ قيمة العيب، والمستحق من يده مكره فيشارك بالقيمة، وبقولنا قال ابن حنبل.

وقال (ش)، و (ح): حدوث العيب عنده يمنع رده بالعيب القديم؛ لأن الرد شرع لدفع الظلامة والضرر عن المشترى، والرد ضرر على البائع، والضرر لا يشرع دفعه

(١) فى ط: بالسكون.

بالضرر، بل يتعين أخذه الأرش فى العيب القديم، وقياسًا على العيوب المبينة كالعمى ونحوه؛ لأنه لما تعارض حقان: أحدهما يوجب بقاء العقد، والآخر بطلانه - وجب أن يرجح[1] موجب البقاء؛ لأنه الأصل.

والجواب عن الأول: أن البائع مفرط فى عدم إطلاعه على عيب سلعته بخلاف المشترى؛ فلذلك رجحنا ضرره، أو يقول: حق الرد ثابت قبل حدوث العيب عند المشترى، وذمة البائع مشغولة ببقاء جزء من المبيع عنده، فرجح[2] ذلك عملًا بالاستصحاب، ولأن يجبر الضررين: ضرر البائع بالأرش، وضرر المشترى بالرد، بخلاف العكس: يتضرر فيه المشترى وحده، بإلزامه مالم يعقد عليه.

وعن الثانى: الفرق بأن ذهاب أكثر المنافع يصير المبيع معدومًا؛ لأن الأقل تبع للأكثر، والمقصود من الأعيان منافعها، والمعدوم يستحيل رده.

وعن الثالث: منع التعارض؛ لأن حق المشترى ثبت قبل حدوث العيب سالمًا عن المعارض، ثم ينتقض ما ذكروه بما إذا تقاررا على العيب، وادعى البائع أن المشترى رضى به، فإن المشترى يصدق فى استحقاق الرد.

وقال ابن حنبل: لا يجب أرش العيب الحادث عند المشترى، كان سبب التدليس أم لا، وكما لو غره بحرية أمة؛ فإنه يرجع على من غره بالصداق كله.

وجوابه: أنه يرجع على الغارّ إن كان غير السيد، ولو دلسها هنا غير السيد لم يرجع عليه.

تفريع: فى الجواهر: فى الكتاب: العمى، والشلل من هذا الضرب، ورآهما ابن مسلمة من الضرب الأول، وكذلك رأى قطع ذنب البغلة المركوبة والفرس المركوب، والمشهور: عجف الدابة وهرم العبد من الضرب الثالث، ورآه ابن مسلمة من الأول، وبثمن الأمة الهزيلة من الثالث، وقيل: من الثانى على المشهور، وكبر الصغير من الأول، وقيل: من الثالث، والوطء فى الثيب من الثانى على المشهور، وقيل: من الأول، وافتضاض البكر من الثالث، وتزويج الأمة - على المشهور - من الثالث، وقيل: من الثانى، ورآه ابن مسلمة من الأول، على

---

(١) فى ط: يرجع.
(٢) فى ط: فرجع.

المشهور: إذا ولدت جبر النقص من الولد، وقيل: لا يجبر، ومنشأ الخلاف فى هذه الفروع كلها: النظر إلى عظم العيب، فمن عظم عنده جعله من الأول، ومن لا يرى ذلك جعله من غيره، ووافقنا (ش) وابن حنبل فى وطء الثيب لا يرد شيئًا، ويردها عند ابن حنبل، وقال (ش) و (ح): يمتنع ردها، ووافقنا ابن حنبل فى رد الأرش فى البكر، ومنع (ش)، و (ح).

ومورد المسألة[١]: أن منافع البضع عندنا كمنافع البدن من الاستخدام وغيره، وعندهما ملحقة بالأجزاء، فالوطء كقطع عضو يمنع الرد عندهما[٢]، واستدلا بأن الوطء جناية بأنه[٣] لا يخلو عن عقوبة أو مال إن وقع فى ملك الغير، ولأنه يحرمها بوطئه على أبيه وابنه، فهى جناية، ولأنه يجب به جميع البدل فى النكاح من غير اعتبار مقدار المنفعة كالموضحة، والمنافع تقابل من الأجر تقديرها، ولأن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله؛ فيؤدى لوقوع الوطء فى ملك خاليًا عن العقوبة والغرامة.

والجواب عن الأول: وإن سلمنا أنه جناية، فالجناية عندنا لا تمنع الرد.

وعن الآخر: أنه قد تقدم أن فسخ العقد من أصله مستحيل عقلا؛ لاستحالة رفع الواقع، بل المنهى وطء فى ملكه، ولو هلكت كانت فى ضمانه وجزاء جهالة، ولو صح ما ذكرتموه لما صحت الإقالة، ثم يتأكد قولنا بالقياس على وطء الزوج بعد الشراء وتلذذ المشترى بالنظر إلى الفرج وغيره، ونقول فى الثيب: لا ينقص عينها، ولا يجب فيها أرش؛ كما لو نظر إليها.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى عبدين فى صفقة بذهب، فوجد أحدهما معيبًا وهلك الآخر - رد المعيب وأخذ حصته من الثمن؛ لاستدراك الظلامة، فإن اختلفا فى قيمة الهالك، وصفاه وقومت الصفة، فإن اختلفا فى الصفة، صدق البائع مع يمينه إن انتقد؛ لأنه - حينئذ - مدعى عليه الرد، وإلا صدق المبتاع؛ لأنه مطالب بالثمن.

---

(١) فى ط: ابن مسلمة.
(٢) فى ط: عدهما.
(٣) فى ط: فأنه.

قال ابن يونس: إن شاء المبتاع التمسك وأخذ أرش العيب القديم، خير البائع؛ لأن قيمة العيب قد وجبت له، فليس للبائع إبطالها، والفرق بين هذا وبين ما إذا استحق مما بعد على غير الأجزاء: أنه ليس له التمسك بالباقى؛ لأن [ثمنه][1] - حينئذ - مجهول، وقد وجب الرد لهما، والتمسك به عن الثمن مجهول فيهما، إذ المستحق عليه لا يغرم شيئًا إذا رد، بخلاف المشترى يغرم أرش القديم [. . .][2] فى التمسك، ويريد فى قوله فى العبدين: كان المعيب وجه الصفقة أو لا؛ لأن الثمن عين.

وقال محمد: يصدق البائع انتقد أم لا؛ لأن الثمن وجب له، فإسقاطه غرم، هذا إذا كان الثمن عينا، فإن كان عبدًا أو عرضا، رد المعيب إن كان وجه الصفقة، وقيمة الهالك مطلقًا لا على المحاصة؛ لانتقاض البيع، وأخذ عبده إن لم يفت، فإن فات الثمن بحوالة سوق أو بيع، والباقى منهما وجه الصفقة، رجع بحصته من قيمة العبد الذى هو ثمن، لا فى عينه؛ لتعين القيمة كالفوت، فصار كأنه اشترى بعين، وكذلك لو كان الثمن مما ينقسم، فهى كالعيب، والفرق بين الثمن العين وما ينقسم وغيرهما: أن التزام القيم ضرر فى غيرهما. فإن ابتاع عبدين قيمتهما سوى المائة دينار، ففى الكتاب: يرد العيب بحصته، بخلاف أن يكون أحدهما بيعًا، يريد: وكذلك إن كان المعيب الأدنى يلتزم الأعلى بحصته من الثمن.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى مذبوحتين، فوجد إحداهما غير ذكية، أو مائة إردب، فوجد خمسين - له رد الباقى، لتفريق الصفقة، وله أخذ الشاة بحصتها، ولو كان النقص يسيرًا فى الطعام أو شاة من الشياه، لزمه الباقى بحصته من الثمن؛ لبقاء المقصود، وكذلك جرار الخل.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: يريد: إذا اشترى الشاتين على الوزن وتساويتا فى الثمن؛ لأن ثمن الباقى - حينئذ - معلوم.

قال ابن الكاتب: لا يستقيم هذا، بل اشتراهما غير مسلوختين؛ لأن حكم الذكاة لا يعلم إلا قبل السلخ حتى ينظر العنق، ولو اشتراهما على الوزن فلا بد من التقويم.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) بياض فى ط.

قال ابن يونس: ويحتمل قيام البينة بعد السلخ على عدم الذكاة.

قال بعض أصحابنا: لو جهلت الذكية فسخ البيع؛ لتحريم أكلهما، ولو أكل إحداهما[١] وشهد أن إحداهما[٢] غير ذكية رجع بثلاثة أرباع الثمن [، ثمن][٣] الباقية، ونصف ثمن المأكولة لو نزع التداعى.

فرع: قال ابن يونس: قال أبو العباس الإبيانى: إذا اشترى جرار خل، فوجد بعضها خمرًا، فاشتغل أياما عن الرد، ثم وجدها صارت خلًا - سقطت حصتها من الثمن؛ لعدم بدلها للمعاوضة.

قال أشهب: لو وجد من العشرة واحدة خلًا، لزمته بحصتها، وقال ابن القصار وغيره: يفسخ البيع ههنا؛ لأنها صفقة جمعت حلالًا وحرامًا، وكالأم وابنتها فى عقد. قال: وهو القياس.

ومدرك ابن القاسم: أنهما دخلا على الصحة فهو كالاستحقاق بخلاف المقيس عليه.

فرع: قال: نقص الطعام - عند الأصحاب - ثلاثة أقسام: ما لا بد منه عادة؛ فلا قيام به، وما لا عادة فيه وهو يسير؛ فللمبتاع أخذ السالم بحصته، وللبائع إلزامه ذلك؛ لعدم اختلال المقصود من العقد، وذلك العشرة من المائة.

قال أبو محمد: والكثير المخل بالصفقة ليس للمبتاع أخذ السالم بحصته إلا برضا البائع، وللبائع إلزامه ذلك؛ لأن ضرر التفريق حق له، قيل: حد الكثير: العشرون من المائة، وأما الكثير جدًا فلا يلزم المبتاع إلا برضاه، ولا أخذ له إلا برضا البائع؛ لضرر تفريق الصفقة.

فرع: قال: فلو اشترى دارًا مزارعة، فوجد زيادة - خير بين دفع حصة الزيادة، أو يرد البيع، إلا أن يسقطها البائع؛ نفيًا لضرر الشركة.

قال محمد: ولو كانت الزيادة فى ثوب فهى للمبتاع، وإن كان يرده بالنقصان؛ لأن الثوب إنما يباع بعد الاختبار - غالبًا - بخلاف الدار، فكان للبائع الزائد، وأما

---

(١) فى ط: إحداهما.
(٢) فى ط: إحداهما.
(٣) سقط فى ط.

الصبرة: فيرد زيادتها، ويلزمه ما بقى؛ لعدم الشركة، وقيل: الدار كالشقة فى الزيادة والنقصان، وأما زيادة البناء والمنازل فملغاة؛ لدخولها فى الحدود.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى سلعًا بمائة، وسمى لكل ثوب ثمنًا، فيرد المعيب بحصته من الثمن، ولا ينظر إلى تسميتهم إن لم يكن وجه الصفقة؛ لأن العقد متحد، فإن كانت قيمة المعيب خمسين، وقيمة كل سلعة سواه ثلاثين، لم يكن وجه الصفقة حتى تكون حصته أكثر الثمن، مثل: سبعين من [مائة](1).

فرع: فى البيان: إذا تعدى، فخصى العبد، فزاد ثمنه - قال ابن القاسم: يقوم على قدر ما نقصه الخِصاء عند من لا يرغب فى الخصاء. وقال سحنون: ما نقصه الخصاء أن لو كان عبدًا دنيا.

قال: والقياس: أنه يجب عليه فى قطع الأنثيين دية، وفى الذكر والأنثيين ديتان، وقال ابن عبدوس: إذا زاد فلا شىء على الجانى؛ لأن المقصود صون المالية التى هى مورد العقد.

القسم الثانى من خيار النقيصة - ما ثبت بمعاينة فى البيع غير معتادة:

وفى الجواهر: الخيار للمغبون، وقيل: لا خيار له إن كان من أهل الرشاد والتبصر بتلك السلعة؛ لأنه أُتِىَ من قبل نفسه، فإن كانا - أو المغبون منهما - بخلاف ذلك، فالمغبون بالخيار.

قال المازرى: وليس الخلاف فى الغبن على الإطلاق؛ بل يشترط أن يكون المغبون لم يستسلم لبائعه، وغارمًا بقيمة ما اشترى، وإنما ذلك فى الذى يقع فى العين غلطًا، ويعتقد أنه غير غالط، وأما العالم بالقيمة فيزيد عليها فلا مقال له؛ لأنه واهب، وإن استسلم وقال: أنا غير عالم بالقيمة، فغره البائع، فحرام اتفاقا وله المقال؛ لأنه أكل المال بالباطل، والاستسلام كالشرط بعدم الغبن، ولو زاد فى القيمة لعرض فلا مقال له، والمغبون غلطًا: هل يعذر كالمشترط فى رضاه ألا يكون غبنًا فيكون له الرد، ولا يقدر اشتراطه لذلك فيلزمه؟

قال الطرطوشى: ومذهب مالك: له الخيار فيما خرج عن المعتاد، وقال (ش)، و (ح): لا خيار له؛ لما فى الصححاح: أن حبان بن منقذ أصابته شجة فى رأسه،

---

(١) سقط فى أ، ط.

فكان يخدع في البيع؛ فشكا أهله ذلك للنبي ﷺ فقال له - عليه السلام -: «إِذَا بِعْتَ فَقُلْ: لا خِلَابَةَ، وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلاثًا»[1] فلو ثبت خيار الغبن لما تقدر بالثلاث، ولقوله - تعالى -: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً﴾ [النساء: ٢٩] هذه تجارة؛ لأن القيمة لم يتناولها العقد؛ لأنه لو وجد قيمة المعيب أضعاف ثمنه له الرد، ولو كان المعقود عليه القيمة لم يكن له الرد، لعدم الضرر، وإذا لم تكن القيمة معقودًا عليها فيكون الخلل في غير المعقود عليه فلا يضر.

والجواب عن الأول: أنه حجة لنا، لقوله: «لا خِلابة» أي: في الشرع؛ فدل الحديث على نفيها، وأنتم تثبتونها.

وعن الثاني: أن المفسرين قالوا: الاستثناء منقطع، وتقديره: إلا أن تكون تجارة، فكلوها بالسبب الحق، وهذا ليس حقًّا؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا ضَرَر ولَا ضِرَار»[2]

وعن الثالث: أن المعقود إنما يعتمد وصف المالية، بدليل أن ما لا يتمول لا يصح بيعه، وإذا كان معتمد العقد وصف المالية: كان الخلل فيها خللًا في المعقود عليه فيؤثر، ولو لم يكن الغرض المالية في العقد لبطل الرضا بعيب المنقص لها.

تفريع:

في الجواهر: حيث قلنا بالخيار، فقيل: حيث يغبن بالثلث، وقيل: ما شهدت به العادة أنه ليس من الغبن الذي يقع بين التجار.

قال ابن يونس: قال ابن وهب: إذا شبه السلعة بغير جنسها فله الرد.

قال مالك: إذا باع حجرًا بدرهم، فإذا هو ياقوت، لزم البيع، ولو شاء لاستثبت.

وقال ابن حبيب: وذلك إذا قال: من يشتري مني الحجر؛ لأن الياقوت يسمى حجرًا، ولو قال: هذه الزجاجة - وهي ياقوتة، فله الرد؛ كما لو قال: ياقوت، وهو زجاج، فإن سكت فلا مقال له.

قال صاحب البيان: إذا اشترى حجرًا يظنه ياقوتًا، أو[3] فوجده غيره، إنما يجري الخلاف إذا لم يسم البائع أو المشتري شيئًا، أما إذا سمى فلا يلزم البيع، وأما القرط

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠) عن عبادة بن الصامت، و (٢٣٤١) عن ابن عباس.

(٣) بياض في الأصل.

يظهر نحاسًا، وهو على صفة أقراط الذهب، يرد اتفاقًا؛ لأنه عين. فإن أوهم أحدهما فى التسمية ولم يصرح:

قال ابن حبيب: له الرد؛ كالتصريح، وقيل: لا رد له كعدم التصريح، وقال بعض الشيوخ[1]: البيع فى سوق الجوهر كالتصريح بالجوهر، وله لرد، وإلا فلا.

القسم الثالث من خيار النقيصة - خيار العهدتين:

وأصل هذا اللفظ من العهد، وهو الإلزام، ومنه قوله - تعالى -: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَآ إِلَىٰٓ ءَادَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِىَ﴾ [طه: ١١٥] أى: ألزمناه فنسى، ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِىٓ أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾ [البقرة: ٤٠] أى: أوفوا بما ألزمتم من طاعتى أوف بما التزمت لكم من المثوبة والميثاق، وهو العهد المؤكد باليمين.

وهو فى عرف الفقهاء: التزام درك المثمن أو الثمن.

وفى الجواهر: العهدتان: صغرى فى الزمان، كبرى فى الضمان، وكبرى فى الزمان، صغرى فى الضمان.

فالأولى: عهدة الثلاث فى جميع الأدواء، وما يطرأ على الرقيق بعد الشراء من فوات وغيره. فكأن هذه الثلاثة الأيام مضافة إلى ملك البائع؛ ولذلك تكون النفقة والكسوة عليه، إلا أن الغلة ليست له، وقال بعض المتأخرين: له؛ لأن الخراج بالضمان.

الثانية: عهدة السنة، من الجنون والجذام والبرص، وخالفنا الأئمة فى هاتين العهدتين؛ لانعقاد الإجماع على أن العيب الحادث بعد العقد والقبض لا يوجب خيارًا فى غير صورة النزاع، فكذلك فيها؛ لأن الأصل: عدم ضمان الإنسان لما يحدث فى ملك غيره.

قال ابن حنبل: ولم يصح فى العهدة حديث.

لنا: ما روى فى أبى داود: أنه - عليه السلام - قال: «عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ» [و][2] فى أبى داود: أن القول بالعهدتين عمل المدينة ينقله الخلف عن السلف قولًا وفعلًا، ولأن الرقيق يكتم عيبه، فيستظهر بثلاثة أيام؛ ليظهر ما كتمه بخلاف غيره، وقياسًا على التصرية، ولأن هذه المدة هى مدة حُمى الربع، وبهذه المعانى يظهر

---

(١) فى ط: شيوخنا.
(٢) سقط فى ط.

الفرق فى قياسهم فيبطل، ورواية أبى(١) داود تدفع قول ابن حنبل؛ فإنه لا ينقل إلا صحيحًا أو حسنًا تقوم به الحجة، وتختص عهدة السنة بأن هذه الأدواء تتقدم أسبابها، ويختص ظهورها ببعض الفصول فى العادة، فتكون سنة كالعنة.

تفريع: فى الجواهر: اختلف فى محلها من البلاد، فروى المصريون: لا يقضى بها فى العادة حتى يحملهم السلطان عليها، وروى المدنيون: يقضى بها بكل بلد وإن لم يعرفوها، كما يقضى بالرد بالعيب على من جهل حكمه؛ فإن ترتيب الأحكام على الأسباب لا يتوقف على علم المكلف وفى الكتاب:

إذا توسوس رأس كل شهر، فله الرد فى عهدة السنة. ولو جُن فى رأس شهر واحد ولم يعاوده، لرد إذا لم يعلم ذهابه. ولو جن عنده مدة، ثم انقطع، لم يجز بيعه حتى يتبين؛ إذ لا تؤمن عودته. ولو تبرأ من الأدواء الأربعة فى السنة قبل علم المبتاع بها، لرده، إلا أن تؤمن عودته.

قال صاحب التنبيهات: كيف يجن كل شهر ويرد، وصبره إلى ثانى شهر [إذا] استمر علم أنه جنون؟

فرع: قال ابن يونس: إذا باع نصف النهار احتسب الثلاثة بعده، والعادة تؤتنف عهدة السنة بعد الثلاث والاستبراء، قاله مالك وابن القاسم؛ لأن الفصول يختص اختيارها بذلك، وعن مالك: يدخل الثلاث والاستبراء فى السنة، والأصل: عدم التداخل، والسنة فى بيع الخيار بعد أيام الخيار؛ لعدم انعقاد البيع قبل ذلك.

قال محمد: وليس(٢) فى ذوات الاستبراء عهدة ثلاث إلا أن تحيض فى يومها حيضة بينة؛ فتحتسب فيها بقية الثلاث.

نظائر:

قال صاحب التنبيهات: [ألغى بقية](٣) اليوم عند ابن القاسم فى العهدة والعقيقة وإقامة المسافر، والعدة.

قال العبدى: هى خمس، وزاد: الكراء.

---

(١) فى ط: ابن.
(٢) فى ط: ليس.
(٣) فى ط: العامة.

وفى الجواهر: ومقتضى مذهب سحنون: الاحتساب[١] من حين العقد من ليل أو نهار، وينتهى إلى مثله بعد انقضاء الثلاث أو السنة.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا تنازعا فى الأدواء: هل حدثت فى السنة أو بعدها؟ صدق البائع مع يمينه؛ لأن الأصل: عدم الرد.

قال: ويحتمل تصديق المبتاع مع يمينه؛ لأن الأصل: بقاء حقه فى العهدة، وأما الشفعة فيصدق الشفيع: أنه لم ينقص ما يقطعها، وفى الخيار: أن الهلاك كان بعد مدته أو قبلها فعند ابن القاسم: يصدق البائع؛ لأن الأصل: عدم نقص العقد.

فرع: قال: جنى على العبد فى عهدة الثلاث، فمن البائع والأرش له، قاله مالك. وقيل: ينبغى فسخ البيع؛ لأن العبد يكون موقوفًا لا يدرى متى برؤه، إلا أن يسقط السيد الجناية؛ فإنه لا يوقف إلا أن تكون مهلكة؛ فلا يكون للمشترى الرضا، وإن أسقط البائع الجناية؛ لأنه - حينئذ - بيع مريض يخاف موته.

فرع: قال: ما وهب له فى الثلاث من مال فللبائع؛ لأن مدة العهدة ملحقة بملكه، ولو تلف ماله لم يرد؛ لأن المال ليس مبيعًا، ولو هلك فى الثلاث، انتقض البيع، ورد المبتاع ماله، وليس له دفع الثمن وأخذ ماله؛ لانتقاض أصل البيع، وإذا أنمى ماله بربح أو هبة، وكان المبتاع اشترط ماله، فله؛ لأن ذلك من توابع المال، وإلا فللبائع[٢]، قاله ابن القاسم.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا [حدث] فى السنة [شيب برأسه، أو][٣] ما يخشى منه أحد الأدواء وشك فى ذلك فلم يرد للشك، ثم استحكمت الأدواء بعد السنة بقربها - فله الرد، وإلا فلا.

قال صاحب البيان: وعن ابن القاسم: لا يرد إلا بما كان فى السنة.

قال: وهو الأظهر؛ لأن العيب حدث فى ملك المشترى.

فرع: قال ابن يونس: إذا أسلم فى عبد فقبضه، ففيه عهدة الثلاث؛ لأنه مشترك. وقال محمد: لا، وإن كان بلد عهدته، إلا أن يشترطها، وقال ابن القاسم: عهدة السنة ليست فى السلم عقد رفع؛ فلا يرجع فيه بعيب بعد القبض، ولمالك فى العبد

---

(١) فى ط: الحتاب.
(٢) فى ط: فللمبتاع.
(٣) فى ط: سراسا ماما

المنكح به: هل له عهدة أم لا؟ قولان. وقال ابن حبيب: لا عهدة فى سلف الرقيق ولا فى الإقالة؛ لأنها على خلاف الأصل فتختص بالبيع المحض تعليلًا للمخالفة.

قال مالك: ولا عهدة فى رد بعيب؛ لأنه نقض للبيع، ومن اشترى امرأته ففيها العهدة؛ لأنه بيع محض، فإن ظهر بها حمل، لم يردها، ورجع بقيمة الحمل؛ لأنها صارت بذلك الحمل أم[(١)] ولد.

وقال ابن أبى زمنين: لا عهدة فى المشترى على الصفة، ولا فى المخالع به، ولا العبد المصالح به على دم عمد، وكله مذهب ابن القاسم.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: فى البيع الفاسد العهدة، ولا ينفعه بترك البراءة.

قال: وهذا تناقض، وينبغى أن ينفعه كما أن له العهدة؛ كالبيع الصحيح.

نظائر: قال ابن بشير: العهدة فى العبيد إلا فى عشرين مسألة: المسلف فيه، والمستلف فى غيره، والمقرض، والغائب يباع على الصفة، والمتزوج به، والمخالع به، والمقاطع به، والمصالح به، والمقال منه، والذى يبيعه السلطان، والمبتاع للعتق، والمبيع [على البراءة][(٢)] من العهدة، والمبيع فى البلد الذى لا تُعرف فيه العهدة، والموصى ببيعه، والموهوب للثواب، والمردود بالعيب، وإذا كان لبيع فاسد، والأمة البينة الحمل، والتى اشتراها زوجها، والمبيع فى الميراث.

قال صاحب البيان: المصالح به على الإقرار بيع فيه العهدة، وعلى الإنكار: كالهبة، ويخشى فى المأخوذ فى دين أو دم عمد: الدين بالدين؛ لعدم المناجزة بسبب العهدة؛ [ولذلك تتعين المناجزة فى الخلع؛ لأن المرأة ملكت نفسها ملكًا ناجزًا؛][(٣)] فينبغى ملك العبد كذلك، واختلف فى المستقال منه: فإن نقد فلا عهدة اتفاقًا؛ لأنه كالمأخوذ من دين، ولا عهدة فى رأس مال السلم؛ لاقتضائه المناجزة، ولا عهدة فى الموهوب للثواب؛ لأنه للمكارمة كعبد النكاح.

قال سحنون: ولا عهدة فى المقاطع به.

فرع: قال اللخمى: إذا اشترط إسقاط العهدة جاز، ولا عهدة كشرط البراءة،

---

(١) فى ط: أو.
(٢) فى ط: بالبراءة.
(٣) فى ط: والموصى بيعه والموهوب للثواب، والمردود بالعيب، وإذا كان البيع

وقيل: يبطل الشرط؛ لأنه خلاف مقتضى العقد.

قال صاحب المنتقى: للمبتاع إسقاط النفقة عن البائع، وإسقاط الضمان. فإن لم يسقط كأن فعل ما يمنع الرد، ويقتضي الرضا كالعتق - ففى كتاب محمد: تسقُط بقية العهدة؛ لفعل ما يدل على إسقاطها. وقال سحنون: العهدة فائتة، ويرجع بقيمة العيب؛ لأن الأصل: إبقاؤها حتى يقع التصريح بإسقاطها.

وفى عهدة السنة ثلاثة أقوال: ما تقدم فى الثلاث، والثالث: يرد العتق، وأن العتق موقوف على السنة.

فرع: قال ابن يونس: إذا اختلفا فى إسقاط العهدة والعبد قائم، تحالفا وتفاسخا كالاختلاف فى الثمن؛ لأن إسقاطها ينقصه، وثبوتها يزيده، فإن فات صدق المشترى فى الوضع الذى فيه العهدة.

فرع: قال: إذا أعتق فى عهدة الثلاث أو حنث فيه بعتق، نفذ عتقه وعجل الثمن، وتسقط بقية العهدة، ولا ينفذ عتق البائع؛ نظرًا للعقد [الناقل]، وقال ابن القاسم: إذا أعتق العبد أو أحبل الأمة سقطت عهدة السنة؛ لأن ذلك رضا بإسقاطها. وقال أصبغ: له الرجوع بقيمة العيب كعيب كان عند البائع، كذلك عتقه فى عهدة الثلاث لا يقطعها. وقال ابن كنانة: إذا أعتق العبد فيجذم فى السنة، فإن كانت له قيمة - وإن قلت، رجع بما بين الصحة والداء، وإلا رجع بالثمن كله، كهلاك المبيع قبل الاستيفاء، فإن مات عن مال، أخذ البائع منه، وورث المبتاع الباقى؛ نظرًا للعقد الناقل، وإن رجع بما بين الصحة والداء، ورث المشترى الجميع.

وقال اللخمى: قيل: يرد العتق فى عهدة السنة، وقول محمد: تسقط العهدة بالحنث - ليس بحسن اختياره إلا أن يحنث نفسه.

فرع: قال ابن يونس: يحرم النقد فى عهدة الثلاث؛ لئلا يكون تارة بيعًا وتارة سلفا دون عهدة السنة؛ لدور الأدواء الثلاثة ولطولها، فيكون منع التصرف ضررًا؛ فعجل الثمن والبيع، وإذا تشاحا فى النقد فى الثلاث جعل على يد أمين، وتلفه ممن يصير له، قاله ابن حبيب، وقال مالك: لا يلزم البائع إيقافه إلا أن يريد؛ لأنه أولى بحفظه.

فرع: قال اللخمى: إذا ذهب العقل بجناية فى السنة.

قال ابن القاسم: لا قيام؛ لأنه ليس من العيوب الثلاثة. وقال ابن وهب: له

القيام[1]؛ قياسًا على الجنون.

قال: وأرى ألا يرد من الجان؛ لأنه عارض ليس من الطباع المفسدة للأخلاط الردية.

القسم الثالث من الكتاب: فى حكم العقد قبل القبض وبعده

وفيه نظران:

النظر الأول - فى الإقباض والقبض وما يتعلق بهما:

والإقباض بالمناولة فى العروض أو النقود، وبالوزن والكيل فى الموزون والمكيل، وبالتمكين فى العقار والأشجار. أو بالنية فقط: كقبض الوالد وإقباضه من نفسه لنفسه.

والقبض هو الاستيلاء.

إما بإذن الشرع وحده: كاللقطة، والثوب إذا ألقاهُ الريحُ فى دار إنسان، ومال اللقيط.

وقبض المغصوب من الغاصب إذا قبضه من يزيل منكرًا من حاكم أو غيره، وقبض أموال الغائبين، وأموال بيت المال، والمحجور عليهم، والزكوات.

أو بإذن غير الشرع كقبض المبيع بإذن البائع والمبتاع، والبيع الفاسد، والرهون، والأثمان، والصَّدقات، والعوارى، والودائع.

أو بغير إذن الشرع وغيره: كقبض الغاصِب.

فرع: فى الجواهر: القبض يوجب انتقال الضمان إلى المشترى - فيما لا يضمن- بمجرد العقد، إما مطلقًا أو شرط مُضى زمان؛ ليتسع[2] القبض، على الخلاف فى ذلك فيما فيه حق توفية: كالمكيل، أو الموزون، أو المعدود، وما كان غائبًا عن العاقدين حالة العقد على التفصيل المتقدم، وما بيع من الثمار على رءوس النخل قبل كمال الطيب، ويستثنى الرقيق حتى يخرج من عهدة الثلاث، والمواضعة فى الإمَاء. وما عدا ذلك فالعقد كافٍ فى انتقال الملك فى المتعين المتميز.

قال المازرى: هذا نقل أصحاب المذهب.

---

(١) فى ط: القياس.

(٢) فى أ: سع.

قال: والذى يتحقق من المذهب: أن تمكين المشترى من القبض ثم تركه اختيارًا، يوجب ضمانه، ويكون عند البائع كالوديعة، وفيه خلاف.

وقال (ش): الضمان قبل القبض من البائع، سواء عرضه على المشترى أم لا؛ لأن اليد التى ليست للأمانة ضامنة إذا لم يتقدمها ضمان، فأولى البائع؛ لأن ضمانه لسلعته متقدم، وقال ابن حنبل: هى أمانة فى يد البائع؛ لأن العقد قابل، والمشترى تارك لها عند البائع.

فرع: قال صاحب البيان: إذا اشترى ثوبًا، فحبسه بالثمن، فادَّعى تلفه - قال ابن القاسم: يفسخ البيع إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن فيغرمها؛ لأنه متهم، ويصدّق فى الحيوان الذى لا يغابُ عليه، وقال أيضًا: عليه قيمة الثوب ما كانت.

قال: والمشهور من قوله: أن المحبوس بالثمن رهن، وقوله فى هذه المسألة مخالف لتضمينه البائع، وأنه متى ذهبت عينُه انفسخ البيعُ، وهو قول مالك وجميع الأصحاب إلا ابن القاسم؛ لعدم ترتب أثر العقد عليه، وإذا فسخنا فيعيد الثمن إلا أن يصدقه المبتاع، إلا أن تكون القيمةُ أكثرَ؛ فيلزم بها أو يأتى بالمبيع. وكذلك تصديقُه فى الحيوان مع يمينه، ويفسخ البيع على القول بأنه رهن؛ فيكون فى المحبوس بالثمن قولان، وإذا لم تقم البينة أربعة أقوال:

يصدق مع يمينه، كانت القيمة ما كانت.

ويفسخ البيع، قاله سحنون.

ويصدق مع يمينه ويفسخ البيع إلا أن تكون القيمة أكثر، قاله ابن القاسم.

ويصدق مع يمينه ويثبت البيع، وعليه القيمة ما كانت، وهو الذى يأتى على مشهور ابن القاسم؛ لأن العقد اقتضاء انتقال المِلك.

ويصدق مع يمينه إلا أن تكون القيمة أقل؛ فيتهم فى دفعها وأخذ الثمن.

وقال (ش)، و (ح): تَلَف المبيع قبل القبض بأمر سماوى أو بجناية البائع - يبطل البيع؛ لأن القبض من تتمة البيع، لنهيه - عليه لسلام - عن بيع ما لم يقبض[1]. وإذا لم يتم البيع بطل.

وجوابه: أنه - عليه السلام - جعل الخراج بالضمان[2]؛ فلو كان مضمونًا على

---

(١) أخرجه مسلم (٣٠/ ١٥٢٥) عن ابن عباس.

(٢) تقدم.

البائع لكان خراجه له، وليس كذلك اتفاقًا. ثم إنا نمنع أن القبض تتمة البيع، بل البيع تم، ومن آثاره استحقاق القبض، وقال (ابن حنبل): المتلفات فى ضمان البائع ولو كانت خراجًا، والتلف بالأمر السماوى فسخ، وبفعل البائع أو الأجنبى: يخير المشترى بين الفسخ والإمضاء وأخذ القيمة أو المثل إن كانَ مثليا.

فرع: قال: إذا أقر المشترى فى العقار للبائع باليد والملك.

قال سحنون: لا يلزمه أن يحوز المبيعَ؛ لأن العقد كافٍ فى [اعتقاد][1] انتقاله.

قال: والصواب: أنه يلزمه، كما إذا أقر له بالملك دون اليد؛ فإنه قد ينازعه وكيلُ البائع أو قريبه فى تضديق ما يدعيه من البيع، ومصيبة الاستحقاق فى الوجهين من المشترى - عند ابن القاسم - لإقراره بالملك، وخالف أشهب؛ لأن الإقرار لا يكون عن ظن يبطل، وإن أقر باليد دون الملك: لا يلزم البائع التجويز، على قول سحنون.

والصواب: اللزوم، كما تقدم، ومصيبة الاستحقاق من البائع؛ لعدم الإقرار بالملك، وإن لم يقر باليد ولا بالملك لزمه التجويز وإنزاله فيه اتفاقًا. ومصيبة الاستحقاق: من البائع والطارىء بعد العقد وقبل القبض من هدم أو غيره: من المشترى إلا على قول أشهب: إن السلعة المبيعة من البائع إن قبض الثمن وطال الأمر، مالم يقبضها المبتاع أو يدعوه البائع فيأبَى؛ ولهذا الخلاف يكتب فى الوثائق: ونَزَّل المبتاعُ فيما ابتاع وأبرأ البائعَ من درك الإنزال؛ لحصول الاتفاق على البراءة.

فرع: قال: ومن حق المُبتاع أملاكًا فى قرية أن يطوفَ به البائع عليها، وينزله فيها بشاهديْن؛ مخافَة أن يستحق شَىء منها فينكره البائع بيعَ ذلك المستحق، فلكل واحد من المتبايعيْن حق فى الإنزال إذا دَعَا إليه، قبض له البراءة من الضمان وخوف المدافعة.

فرع: لو قبض البعير، فسرق، فأعلم البائع، فحَطَّ عنه بعضَ الثمن؛ لأجل المصيبة، ثم وجده - رجع البائع فيما وَضَع؛ لانتفاء السبب، وكذلك لو حط عنه؛ لسبب الخسارة فربح، أو خشية الموت من مرض حدث فعوفى؛ فإن جميع ذلك كالشرط.

فرع: قال: لو ذهب ليأتى بثمن الشاة فباعها البائع، ثم نازع المشترى الأول

---

(١) سقط فى ط.

المشترى الثانى، فتنازعا الشاةَ؛ فماتت فى أيديهما - قال أصبغ: ضَمِنَاهَا معا إن كان موتُها منهما. فإن صحت للثانى: غرم له نصف القيمة، أو الأول: غرم له وَرَجَع على البائع بما دفع إليه، ومعنى ذلك: أن كُلَّ واحدٍ منهما يدّعى أنه الأول، وتَصِحُّ للثانى إما بإقْرارِ الأول أو بالبينة، أو تعارضت البينتان، فتحالفا، فنكَل الأول: فيرجع الأول على البائع بما زادت القيمة أو الثمن الذى باع به من الثانى على ثمنه؛ لأنه مقرٌّ بأنه باع من أحدهما بعد الآخر. وقد قيل: للأوَل نصف الشاة فهو قبض لها، ويخير فى النصف الذى قبله الثانى بين إجازة البيع وأخذ الثمن؛ لأنه بيع فضولى، وبين أخذ قيمته من البائع أو المبتاع، فإن أخذ من البائع رَجَعَ على المشترى الثانى.

فرع: قال: إذا اشترى مائة فدان من زرع بخمسة الفدان من ناحية عرفها، ثم جاء ليقيس، فقيل له: بقى مائة أخرى، فاشتراها بعشرة الفدان، فَوَجد الجميع مائة وسبعين - فيجعل النقص من البيع الثانى؛ لأن الأول أولى لتقدمِه، وكذلك الطعام.

وقيل: يتحَاصَّان فى النقصان؛ لأن الطعام فى ضمان البائع فأشبه الديون تَقَع المحاصَّة فيها.

قال: والأول أظهر.

ولو اقتصر على المائة، فهلكت بنَارٍ قبل القياس: فمصيبتُها منه؛ لأن قياسَ الأرض بعد ذلك ممكن، والمشهور: أنها من البائع؛ لعدم الحرز[1]، ويتخرج جواز بيع المشترى لهذا القَمح قبل القياس على الخلاف.

فرع: قال: المعلوم من قول مالك وأصحابه لزومُ أجرة الكيل للبائع؛ لوجوب التوفية عليه، ولقوله - تعالى -: ﴿فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ﴾ [يوسف: ٨٨] فدل على أن الكيل على البائع؛ لأن شرع مَن قبلنا شرع لنا حتى يدل الدليل على نسخه، وقاله (ش)، وجَعَل أجرَ الثمن على المشترى، وهو مقتضى المشهور عندنا.

وقال (ح): أجرة مَلء المكيال على البائع، وتفريغه على المشترى؛ بناءً على أن الملء كافٍ فى القبض دون التفريغ، وعندنا - أيضًا - فى اشتراط التفريغ قولان، ينبغى أن يتخرج الخلاف فى الأجرة عليهما. وكان مالك يقول: على المشترى؛ لأن

(١) فى أ: الفسخ.

الثمن إنما قُوبل بالمبيع، فَعَلَى هذا يلزم البائع الكيل لنفسه، والمشهور من قوله: أن جزاز الصوف وجِذَاذ الثمرة، ونوع[١] الحلية المبيعة وحدها على المشترى، لحصول التخلية، قيل: من قبَل البائع، وقيل: الجزاز على البائع والضمان منه؛ لأنه توفية، ولكل واحد منهما اشتراط الضمان، والجزاز على الآخر، واشتراط الجزاز فقط؛ ولو باعه الغنم دون الصوف، أو السيف دون الحلية، أو الحائط دون الثمرة – لكانت إبابة ذلك على البائع اتفاقًا حتى يخلص المبيع للمشترى.

فرع: قال: منع مالك كسر الكيل؛ لأنه يختلف، بل يخلى على حاله، فإذا ملأ المكتل ودفعه للمشترى ليفرغه فانكسر من يد المشترى – ضمنه المشترى عند ابن القاسم وسحنون، بخلاف ما إذا انكسر من يد البائع؛ لعدم الوصول للمشترى، ولو ملأ البائع الوعاء فَدفَعَه للمشترى ليفرغه فى بيته فانكسر: ضمنه؛ لأنه مُستَعيرٌ له.

فرع: قال: إذا كَالَ البائعُ بعض الزيت، فوقع فى المكيال فأرة، فكال المشترى بإذن البائع، فقتل الفأرة بالصب – فمصيبتُه من المشترى، وكذلك لو كالَ البائع وصَبَّ بإذن المشترى؛ لأن الفساد بأمره. فإن كال له بعض الزيت، ثم سقط المكيال من يده على إناءِ المشترى فَكَسَره، وذَهَب ما فى المكيال وما فى الإناء – قال ابن القاسم: ضمن البائع الجميع: المكيال؛ لعدم التوفية، والإناء بالإتلاف، بقى عند البائع من ذلك الزيت شيء: عوَّضه، وإلا حاسَبَهُ بحصته من الثمن، ويغرم له ما فى المكيال إن بقى عنده من ذلك الزيت شيء، وإلا حاسَبَه، وزَيتُ الإناء يغرم مثله من ذلك الزيت ومن غيره؛ لأنه متلف بعد القبض، فإن كالَ لنفسه ضمن ما فى الإناء؛ لأنه قبضه، [وضمن البائع ما فى المكيال][٢]؛ للزوم تمام القبض، والمشترى إنما يضمن بعد القبض، فإن كال لهما أجنبى: ضمن ما فى الإناء، وضمن البائع ما فى المكيال إذا لم يتسبب (الكيال بتفريط). فإن اشترى مائة قسطٍ زيتًا، فكال له خمسين، ثم كال من جرَّة أخرى، فإذا فيها فأرة – فضمان الأولى من المبتاع؛ لأن البائع إنما صب بأمره، إلا أن يعلم بموت الفأرة.

فرع: قال: إذا اشترى طعامًا غائبًا على الصفة والكيل، فضمانه من البائع حتى

---

(١) فى ط: وزع.

(٢) سقط فى ط.

يقبض اتفاقًا، ولا يدخله اختلاف قول مالك فى ضمان الغائب؛ لأجل ما فيه من التوفية. فإن وضع الثمن على يد أمين فهلك: فمن البائع إن وجد الطعام على الصفة؛ لأنه ملكه بالعقد، ولم يبق له توفية، وإلا فَمِن المبتاع؛ لعدم تحقق البيع، فإن تعدى البائع عليه فباعَهُ عليه بشراء مثله توفية بالعقد، وتكون مصيبة المال منه؛ لأن إتيان مثله يقوم مقامَ قبض المبيع، فيكون الثمن منه، فإن نقده الثمن بغير شرط: لا يخَيره ابن القاسم بين أخذ الطعام أو الثمن؛ لأنه كبيع الطعام قبل قبضه، ويخسرُه أشهب؛ لأنها إقالة، ولعل ابن القاسم (تكلم على) إذا لم يعرف عداوة بقوله، وأشهب إذا عرف ذلك.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا حضر المشترى الكيل ثم اشْتَرى، فلابد من كيل البائع له مرة أخرى، إلا أن يشتريه على التصديق، فليس له المطالبة بالكيل؛ لأن العقد يوجب الكيل حتى يسقطه المشترى، فإذا صدق سقط الضمان. وليس له رده إلا برضاه، وكذلك إذا اشتراه على الكيل ليس له التصديق إلا برضاه؛ لأنه يقول: أخشى أن يغيب عليه، ثم يدعى النقصان، ويجوز لمَن اشترى على الكيل أن يبيع على التصديق إذا باعه نقدًا، وإن اشتراه على التصديق: فقال ابن القاسم: يجوز بيعه قبل كيله، والغيبة عليه على الكيل وعلى التصديق. وعن مالك: لا يبيعه على الكيل ولا على التصديق حتى يكيله أو يغيب عليه.

قال: ولو قيل: لا يبيعه قبل كيله وإن غاب عليه؛ لأنه إن غاب عليه قد يدعى نقصه.

قال سند: عن ابن القاسم: كراهة التصديق لما يؤدى إليه من الخصومة، فإن نزل وادَّعى المبتاع[1] نقصًا غير مُعتاد لم يصدق إلا ببينة، فيرجع بحصته من الثمن ما لم يكن جدا فله باقى الطعام، لذهاب جُل المقصود، فإن قال المبتاع: ما نقص علىَّ تمامُهُ: إن التزمه من طعام معين فى صفته وجنسه جاز، أو مخالفة[2]: لم يجز؛ للجهل بمبلغ ذلك، واختلاف الأغراض، فلا يعلم المبيع أولا ما نسبتُه من هذا. وإن التزمه فى ذمته: اغتفر فى اليسير، وإذا جوزنا البيع على التصديق، منع ابن

(١) فى أ: البائع.
(٢) فى ط: أيخالفه.

حبيب ذلك فى طعام بطعام من غير جِنسه؛ لعدم المناجزة بتأخر الاختيار بعد التفرق، وأجازه ابن القاسم؛ لأن مصيبة كل طعام من بائعه، فهو مقبوض كالجزاف، ومنع الأئمة بيع الطعام على التصديق؛ لأن الكيل شرط عندهم ولم يوجد.

فرع: فى الكتاب: إذا أمرته بالكيل وفارقته، فزعم أنه فعل وأنها ضاعت - فإن صدقتَه فى الكيل وقامت بينة عليه صُدق فى الضياع، وإلا لم يلزمك إلا ما أقررتَ به من الكيل؛ لأن الأصل: عدم انتقال الضمان إليك.

فرع: قال: هلاك الصُّبرة بعد العقد منك؛ لأن العقد اقتضى ضمانها ونقلها إليك، ولك على المتعدى قيمتُها، كان البائع أو غيره. وان ابتعتَها على الكيل كُل قفيز بكذا، فهلكت قبل الكيل بأمر الله - تعالى - فمن البائع؛ لأن فيها حق توفية، فإن تعدى عليها البائع، أو باعها: فعليه مثلها جزافًا، فيوفيكها على الكيل، ولا خيار لك فى أخذ ثمنك؛ لأنه كبيع الطعام قبل قبضه، وإن استهلكها أجنبى غرم مكيلتها إن عُرفت، وإلا فقيمتُها للبائع يشترى بها طعامًا مثله فيوفيك إياه، وليس بيعًا للطعام قبل قبضه؛ لأن القيمة لغير بيعتك، ولأن التعدى وقع على البائع بعد الكيل منك.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الصُّبرة مِن الحبس؛ لأنها حبست عن الكيل، من الصَّبر الذى هو حبس النفس، أو من وضع الشىء بعضه على بعض، ومنه: الصُّبُر: للسحاب الكثيف.

قال اللخمى: إذا أخذت القيمة من الأجنبى فلم يشترِها حتى غَلا الطعام، لم يلزم البائع غير ما يشترى بالقيمة، وينفسخ البيع فى الثانى، كالهالك بأمر من الله - تعالى- وإن حال برخص: ترك الفاضل للبائع؛ لأنه فى ضمانه فله رخصة، فإن كَالَ الهالك معْدما لم يلزم البائعَ شىء، وللبائع فسخ البيع، ولا يلزمه الصبر إلى يَسار المتعدى، فإن رضى به: لا مقالَ للبائع، وإن رضى البائع بغُرم مكيلة ما يشتريه بالقيمة: لزم المشترى.

وقال أشهب: إذا غرم الأجْنبى للبائع القيمة انفسخَ البيع، وليس للمشترى إلا ثمنُه، إلا أن يغتر المتعدى بعدد كيله، فيُخير[1] رب الصُّبرة بين ما أقر به بعد يمينه

(١) فى أ: محررت.

وبين القيمة، فيتخير المشترى - حينئذٍ - بين المقر وبين ما يشترى بالقيمة، وَمَتى فسخ البيع: فإن جُهل الهلاك هل كان بأمر سماوى أو من متلف؟ فقال ابن القاسم: لا يصدق، عليه أن يوفى ما باع، وإن أهلكه المشترى وعرف مكيلته: غرم ثمنه، وإن جهل: غرم ثمن ما يقدر منه.

فرع: قال اللخمى: فإن احتبس الصبرة بالثمن: فَلِمَالِكٍ فى كونها من البائع أو المشترى قولان. فعلى القول بأنها من المشترى فالجواب كَما تقدم فيما إذا أمكنه منها، هذا إذا كان هلاكُها من الله تعالى، فإن أهلكها البائع قيل: يخير المشترى بين فسخ البيع؛ لأنه حال بينهُ وبين المبيع، وبين القيمة ودفع الثمن. وقال ابن القاسم: القيمة ما بلغت.

وعلى القول بأن المصيبة من البائع: ينفسخ البيع إن هلكت بأمر من الله - تعالى- أو أجنبى، ويطالب البائع الأجنبى بالقيمة إلا أن تكون أكثر من الثمن، فيغرم الثمن؛ لأنه أبطل المطالبة، وإن أهلكها البائع؛ لأن المشترى فَسَخ البيع، ويختلف: هل له تغريم البائع القيمة [إن أكله، والأكثر من القيمة](1) أو الثمن إن باعها: فعلى قول أشهب: ذلك له، وليس له عند ابن القاسم؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنه كان فى ضمان بائعه، وإن أهلكها المشترى: كان رضا بالقبض، وإن باعها بائعها على الكيل فعلى القول: إن المصيبة من المشترى، يخير بين إجازة البيع وأخذ الثمن، وهو تغريم البائع مثل ما يوجد فيها. وعلى القول بأنها من البائع: يأتى بمثل(2) ما وجد فيها من الكيل، ويختلف: هل له الإجازة وأخذ الثمن أم لا؟

فرع: فى الجواهر: تلفُ بعض الطعام يوجب الانفساخ فى ذلك القدر، وسقوط قسطه من الثمن، إلا أن يكون جُلّ الصفقة فيخيَّر المشترى بيْن فسخ البيع. فإن استوى ففى تخييره قولان.

فرع: قال: الضمان فى عقد الخيار من البائع؛ لأنه باق على ملكه إلا أن يكون فى يد المبتاع ولا تصدقه بينة، والمبيع يغاب عليه، فيضمنه للتهمة فيه.

قال ابن نافع: إلا أن يكون الخيار للبائع خاصة فيضمن؛ لاختصاصه بالمنفعة،

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: بثمن.

وإذا قلنا بالضمان: فهل بالثمن أو القيمة؟ أما إن كان الخيار للبائع: فعند ابن القاسم: بالثمن إلا أن تكون القيمة أكثر، ما لم يحلفه؛ فلا يضمن إلا الثمن، [وعند أشهب: يضمن الأكثر منها، وأما إن كان الخيار للمشترى فعند ابن القاسم: يضمن الثمن][1]. وقال أشهب: الأقل منهما؛ لأن الأصل: براءة ذمته، وله فسخ العقد عن نفسه إلا أن يحلفه إذا كانت القيمة أقل وأراد غرمها: لقد ضاع، فإن نَكَل غرم الثمن، ومنشأ الخلاف: تغليب حكم البيع أو حكم التعَدى.

فرع: قال اللخمى: إذا كان المبيع ثوبًا بثوب فعلى كل واحد منهما - إذا تَشَاحَّا- أن يمد يَدَه إلى صاحبه بثَوبِه، أو ثوب معين، فعلى المشترى وزن الثمن ونقده، فإذا لم يبق إلا تسليمه يمد كل واحد يده كالأول؛ لأن نسبة العقد إليها نسبة واحدة، وعن مالك: إلزام البائع بتسليم الثوب أولًا إذا كان المشترى مُوسِرًا، وقاله (ش) وابن حنبل؛ لأن حق المشترى متعلق بعين، وحق البائع متعلق بالذمة، والحق المعيَّن أقوى مما فى الذمة، أو لأن البائع لو أمسك كان كالمتعدى فى إمساك المعين، أو يصير إمساكه كالرهن، والرهن لا يكون إلا بشرط، وإن كان المشترى فقيرًا أو غريبًا: فَلَه الإمساك؛ خشية فوات الثمن، والضمان فيه من المشترى.

وقال (ح): يخير المشترى على التسليم أولا؛ لأن المبيعات مقاصد، والأثمان وسائل، والوسائل أضعف من المقاصد؛ فتحمل على صاحبها، فإن كان المبيع دارًا أو عرضًا خير المبتاع على دفع الثمن، وليس على البائع أكثر من رفع يده وتفريغ المكان من أثقاله.

فرع: قال: وفى اشتراط تفريغ المكيل والموزون فى وعاء المشترى فى نقل الضمان إليه، قولان لمالك، وبه قال ابن القاسم، و (ش). وعن ابن القاسم: إذا ولى المشترى الكيلَ لنفسه أو الوزنَ، فهَلَكَ بعد استواء الميزان أو الكيل - الضمان من المشترى، وقاله (ح).

ومنشأ الخلاف: هل المقصود من القبض تعين مقتضى العقد، وقد حصل التعين قبل التفريغ، أو تمكين المشترى من الانتفاع والتحويل؟ وذلك إنما يحصل بالتفريغ.

فرع: قال صاحب البيان: إذا اشترى غنمًا فيها مريضة بشرط الخيار فى المريض

---

(١) سقط فى أ.

عشرة أيام، إن ماتت فمن البائع بما ينوبُها من الثمن، وإن لم تمت فهى من المبتاع: لم يجز؛ للغَرر فى هذه الشاة، وكذلك لو كانت غير مريضةٍ واشْتَرَط الخيارَ فيها؛ لأنه يردها بالقيمة [إن ردها](١) فيصير الثمن مجهولًا.

فرع: قال: يستثنى من عدم ضمان الجزاف على البائع ما يشترى من السقَّائين، فيهلك قبل الوصول إلى المشترى - فضمانه من السّقَّاء؛ لأنه العادة، قاله مالك، وقال أصبغ: من المشترى؛ لأنه جزاف، ويحتمل التضمين أن يكون بموضع لا قيمة للماء فيه؛ فيكون المبذول حمُولة.

النظر الثانى - فى التصرف فى المبيع قبل القبض، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فى التصرف على وجه المكايسة

وفى الجواهر: لا يقف شىء من التصرفات على القبض إلا البيع، فيمتنع فى بيع الطعام قبل قبضه؛ لقوله - عليه السلام - فى الصحاح: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يبعْهُ حَتَّى يسْتَوفيه»(٢)؛ فيمتنع فيما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد، إلا فى غير المعلومة كالقرض والبدَل، ثم لا يجوز لِمَن صار إليه هذا بيعهُ قبل قبضه، وأما ما بيعَ جزافًا فيجوز قبل النقل إذا خلى البائعُ بينهُ وبينه؛ لحصول الاستيفاء. ومنع (ش)، و (ح) ؛ لقول ابن عمر - رضى الله عنهما -: كنا نبتاع الطعام على عهده - عليه السلام - فيبعث علينا من يأمرنا بنقله من المكان الذى نبتاعه فيه إلى مكان سواه. وقال ابن عمر - رضى الله عنهما -: كنا إذا ابتعنا طعامًا جزافًا لم نبعه حتى نحولَه من مكانه.

قال سند: قال عبد الوهاب: التخلية قبض فى الجزاف.

قال الباجى: مرادُه بالتخلية: التوفية، فعلى هذا إذا حبسه بالثمن يمتنع بيعُه، وعن مالك: منع بيع الجزاف قبل قبضه. ويحتمل أن يريد بالقبْض: التخلية، ويحتمل الحوز والنقل.

وفى الجواهر: والمشهور: اختصاص المنع بالطعام، ولعلة(٣) فيه، وقال ابن حبيب: يتعدى لما فيه حق توفية؛ لنهيه - عليه السلام - فى الترمذى عن رِبْحِ مَالَمْ

(١) سقط فى أ.
(٢) تقدم.
(٣) فى ط: ونعيمه.

يُضمَنْ[١]. قال فيه الترمذى: صحيح.

وأشار ابن وهب فى روايته إلى تخصيصه بالربوى من الطعام.

وقال (ش)، و (ح): يمتنع التصرف فى المبيع قبل قبضه مطلقًا، واستثنى (ح) العقار؛ لأن العقد لا يخشى انفساخه بهلاكه قبل القبض.

قال صاحبُ القبس: فى البَيْع قبل القبض ستة أقوال:

المنع مطلقًا.

(ش): المنع إلا فى العقار.

(ح): يختص بالربوى يعُم المطعومات إلا الجزاف ويخصها.

مشهور مالك: يختص بالمطعومات والمعدودات.

لعبد العزيز بن أبى سلمة: يعم المطعومات والجزاف، ووافق المشهورَ ابن حنبل. احتجا: بأنه - عليه السلام - لما بَعَث عتاب بن أسيد أميرًا على مكة، أمره أن ينهاهُم عَن بَيْع ما لَم يَقبِضُوا، وَربح ما لم يَضمَنُوا[٢].

وللحديث الذى صححه الترمذى سابقًا.

والقياس على الطعام.

والجواب عن الأول: معناه: نهيُه - عليه السلام - عن بيع ما ليس عندك، فَنَهَى الإنسان أن يبيع ملك غيره، ويضمن الخلاص، ودليلُهُ: قوله - عليه السلام -: «الخَرَاجُ بالضَّمَانِ»[٣] والغلة للمشترى. فيكون الضمان له، فما باع إلا مضمونًا، فما تناول الحديث مَحَلَّ النزاع. وهو الجواب عن الثانى.

والجواب عن الثالث: أن الطعام أشرف من غيره؛ لكونه سَببًا لقيام[٤] البنية وعماد الحياة، فشدد الشرعُ فيه على عادته من تكثير الشروط فيما عظُم شرفُهُ؛ كاشتراط الولى والصداق فى عقد النكاح دون عقد البيع، ويشترط فى القضاء ما لا يُشترط فى منصب الشهادة، ثم يتأكد ما ذكرناه بمفهوم نهيه - عليه السلام - عن بيع

---

(١) أخرجه الترمذى (١٢٣٤)، وأبو دواد (٣٥٠٤)، وابن ماجه (٢١٨٨)، والنسائى (٧/ ٢٨٨، ٢٩٥).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) فى أ: سبب قيام.

الطعام حتى يستوفى[(١)].

ومفهومه: أن [غير][(٢)] الطعام يجوز بيعه، وما لا توفية فيه كذلك، فيجوز الجزاف من الطعام، وبقوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

سؤال: أدلة الخصوم عامة فى الطعام وغيره، والقاعدة الأصولية: أن ذكر بعض أنواع العموم لا يخصصه. فالحديث الخاص بالطعام لا يخصص تلك العمومات، فإن من شرط المخصص أن يكون منافيًا، والجزء لا ينافى الكل، والقاعدة - أيضًا -: أن الخاص مقدم على العام عند التعارض ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ أعم من أدلة الخصوم، فتقدم تلك الأدلة عليها والاعتماد في تخصيص تلك الأدلة على عمل أهل المدينة لا يستقيم مع الخصم لأنه لا يسلم أنه حجة، فضلا عن تخصيص الأدلة به.

فرع: قال اللخمى: اختلف فى الجزاف إذا كان من ضمان البائع؛ كمن أسلم فى لبن غنم شهرًا جزافًا:

قال ابن القاسم: لا يبيعه حتى يحلبه، كان حلابه كالتوفية، وأجازهُ أشهب؛ لعدم احْتياجه إلى العيار.

قال سند: ليس المراد بمنع بيع الطعام، ما سمى طعامًا، فالماء الأجاج ليس مرادًا إجماعًا، وإن كان بيت الملح الذى هو طَعام.

وفى الموازية: ليس بزر البصل والجوز والبطيخ والقرع والكراث من الطعام.

وقال ابن القاسم فى حب الغاسول: ليس طعامًا، وإن كانت الأعراب تأكله.

والفرق بين التفاضل، والبيع قبل القبض فى الفواكه والخضر: أن الحاجة إلى التفاضل فيها آكد من الحاجة إلى البيع قبل القبض؛ لأن الإنسان قد يقصد استبدال[(٣)] الكثير الأدنى بالخير القليل، والغالبُ فى هذه الأمور: القبض عند العقد، فلا حاجة لبيعها قبل قبضها.

فرع: قال: إذا وقع بيع الطعام قبل قبضه، منع المتأخرون قبضه، فإن قبضه، فالقياس: الرد إلى البائع الثانى؛ لأن الأول قد برئ منه لما قبضه الأخير؛ لأنه كقبض وكيله، وهو ظاهر الموازية.

(١) تقدم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: استبداد.

وفى السليمانية: يرد للبائع الأول ليأخذه مشتريه منه؛ لأنه مقتضى العقد الأول ولم يوف به، وليس للبائع إجازة البيع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن غاب المُبتاع الثانى، وغاب على الطعام:

قال محمد: يؤخذ الثمن من البائع ليشترى به طعام الغائب، ويرد للبائع، فإن كان أقل من كيله، كان الباقى دينًا على الغائب، ولا يصدق البائع والمبتاع فى العقد الثانى حتى تثبت بينة، وحينئذٍ يلزم البائع الإتيانُ بالمثل، ويخير المشترى بين أخذه وإمضاء البيع الأول، وبين فسخ البيع عند أشهب؛ لأن المبيع مقيد، فلا يجبر على أخذ غيره، ويتعين أخذ المثل عند مالك؛ لأن ملك البائع الأول انتقل إلى المبتاع بالتعدى على ملك البائع، وإن ادَّعى على البائع التلف وجهل، جَبره عليه مبلغ الطعام عند ابن القاسم، ولا يصدق.

فرع: إذا اشترى جزء صُبرة يختلف فى بيعه [قبل قبضه](١)، ورجع مالك إلى الجواز؛ لأن الجزء مشاع مقسوم بتعين الجملة؛ كما فى العبد والدابة، وكذلك يطالب المتعدى على جزء الصُّبرة بذلك الجزء بخلاف المكيل، فإنما يطالبه المالكُ بها.

فرع: قال: إذا اشترى صُبرة غائبة على الصفة، يمتنع بيعها حتى يراها.

قال محمد: لأنها فى ضمان البائع، ويتخرج الخلافُ فيها على الخلاف فى ضمان بيع الغائب من البائع أو من المشترى.

فرع: قال: قال الشافعية: من شرط صحة البيع أن يكيله البائع للمبتاع، واختلفوا: إذا اكتال ولم يفرغ، لقوله - عليه السلام - فى البخارى: «إِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ وَإِذَا بِعْتَ فَكِلْهُ»(٢) ولنهيه - عليه السلام - عن بيع الطعام حتى يَجرى فيه الصَّاعان(٣).

والجواب عن الأول أن معناه: النهى عن تأخير القبض؛ خشية الغرر.

وعن الثانى: أنه ليس فى الصحاح ولا المشاهير، وهو متروك الظاهر بالجزاف والموزون، معارض بالقياس على الجزاف والموزون والمعدود.

فرع: قال: إذا قبض الطعام وتركه عند زوجة البائع أو مَن هو متعلق به - جاز

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه البخارى - معلقًا - بصيغة التمريض عن عثمان بن عفان قبل حديث (٢١٢٦)، ووصله الدارقطنى فى سننه (٣/٨).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، والدارقطنى (٣/٨) والبيهقى (٥/٣١٦) عن جابر بن عبدالله.

بيعه قبل أخذه منه؛ لأنه وديعة، وقاله مالك فى الغريم نفسه.

فرع: فى الكتاب: تمتنع المواعدة فى بيع الطعام قبل قبضه، ولا بيع(١) طعام تنوى أن تقبضه من الطعام الذى اشتريتَ؛ سدًا للذريعة.

قال أبو الطاهر: أجرى اللخمى المواعدة فى بيع الطعام قبل قبضه على المواعدة فى الصرف، فيكون فيها ثلاثة أقوال، وليس كما قال، بل هى كالمواعدة على النكاح.

والفرق بينهما، وبين الصرف: أن المواعدة منعت فيها؛ خشية تعجيل العقد، وتعجيل العقد فى الصرف غير ممنوع، فلا يختلف فى منع المواعدة فى النكاح، والتعريض فى الطعام كالتعريض فى النكاح فى العدة.

فرع: قال صاحب البيان: طيرُ الْماء الذى لا يستحيا لا يجوز بيعُه قبل قبضه إذا أسلم فيه؛ لأنه طعام، وحياته مستعارة عند ابن القاسم، وأجازه أشهب؛ نظرًا لحياته، وإن اشتراه معينًا، جاز عندهم؛ لدُخوله بالعقد فى ضمانه؛ كالجزاف.

فرع: قال فى الكتاب: يجوز بيعُ الجزاف من الطعام وسائر العروض جزافًا وغيره قبل القبض من البائع وغيره، ويحيله عليه إلا أن يكون ذلك بين أهل العِينة، فيمتنع بأكثر مما ابتغت؛ لأنهم يتحيَّلون بذلك على السلف بزيادة.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا اشترى نصف ثمرة جزافًا أو نصف صُبرة جزافًا، رجع مالك إلى جواز البيع قبل النقل، وإن استُحب النقل؛ للحديث.

فرع: قال: يمتنع البيع بقبض وكيلهُ فيه عبده أو مدبره أو أم ولده أو امرأته أو من هو كذلك؛ لأنه كتوكيله لبيعهم له.

فرع: قال: تمتنع المقاصَّة بين الطعامين من سَلَم؛ لأنه بيع قبل القبض، وإن كان أحدهما من قرض، واتفقا أجَلا، وَصفة، ومقدارًا - جاز إن حل الأجلان؛ لأن [بيع](٢) القرض معروف، ويمتنع قبل الحلول؛ لأنه دَيْن بديْن.

قال اللخمى: [قال ابن القاسم](٣): يمتنع وإن تساوت رءوس الأموال.

وجوزه أشهب، وجعله إقالة.

---

(١) فى أ: ولأنه بيع.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

فإن اختلفت رءوس الأموال، امتنع، إلا أن يكون باطنها على السلَم فيصح، ويكون قضاء، وكذلك الحوالة على طعام السلَم، وأجازها أشهب إذا تساوت رءوس الأموال؛ لأنهما لو شاءا عَمِلاها تولية، وإن كان أحدهما من قرض:

أجازهُ ابنِ القاسم إذا خلا.

وأشهب إذا حل أحدهما.

قال - أيضًا - [سحنون][(١)]: إذا حل السلَم.

وجوزه ابن حبيب، وإن لم يحلا.

قال: وهو أبين؛ لأن الذمم تبرأ من الآن.

قال سند: وجوز أشهب المقاصَّة بين المُسْلمَيْنِ إذا اتفقا كيلا وصفة، وراعى الثمنين فى المورثة إذا اتفق جنس مالهما قَدرًا وصفة، جاز؛ لأنه إبراء، فَعَلَى رأى أشهب: يمتنع إذا اختلف جنس الثمنين؛ [خشية][(٢)] أن يؤخذ الثمن الثانى عن الطعام، والأظهر: الإبراء؛ لبُعد ذلك إذا اتحد الجنس واختلف المقدار؛ لأن كثرة الأول سلف بزيادة، وقلتُه إقالة من رأس السلم بزيادة على أقل منه، فإن كان أحدهما من سَلَم، والآخر من قَرض، وكلاهما جنس، ولم يحل أجلُهما:

قال ابن حبيب: يجوز إذا اتفق أجلُهما، قالهُ جميعُ أصحاب مالك إلا ابن القاسم، وأشهب رأيا[(٣)] المنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وبيع الدين بالديْن.

ومتى كان الأجل قائمًا فأمرهما على[(٤)] المكايَسة، ولو اختلف الأجل، لم تَجز المقاصةُ، فإن حل أجَل السلَم، جازت المقاصَّة عند أشهب.

وفى المجموعة: يجوز أن يحيل ما قد حل فيما لم يحل، كان سَلفًا أو بيعًا، فإن كان السلف الذى حل، فهو قصاص من سلم، أو السلَم فقد أعطاه من قرض، فلا كراهة، وقيل: إن حل السلم جاز؛ لأن للمسلم تعجيل ما عليه من القرض، ويجبر غريمُهُ على أخذه، بخلاف حلول القرض، فإن المسلِم لا يملك إسقاط أجل السلَم إلا بالتراضى.

---

(١) زيادة من أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: وأبى.
(٤) فى أ: من.

فرع: قال: إذا أجلت البائع بثمن الطعام، فأخذ من المُحَال عليه طعامًا - امتنع، كان البائع باع بنقد أو بنسيئة.

فرع: قال: لو وكلت فى قبض الثمن فتعدى الوكيل عليه، جاز أخذك طعامًا منه؛ لضعف التهمة، قاله ابن حبيب.

فلو أقرضت الثمن قبل قبضه:

قال التونسى: يمتنع أن يأخذ المقرض من المشترى به طعامًا؛ لأنه كالديْن يُحيل به على ثمن طعام، ولو بعت حنطة بذهب إلى أجل، واشتريت من أجنبى تمرًا بذلك الذهب، وأحلته به عليه - أجازه مالك فى الموطأ.

قال الباجى: معناه: اشترى التمر على ذمته؛ لأنه أخذ بثمن الحنطة تمرًا.

قال سند: ولا حاجة إلى هذا التفسير؛ لأنا إنما نمنع من أخذ الطعام فى ثمن الطعام؛ خشية النسيئة فى الطعام، والمبتاع ههنا إنما دفع ذهبًا، فلو اشتريت عند الأجل من المبتاع بذهب طعامًا يخالف الأول، ولم تشترط أنه من ثمن الأول:

منع مالك المقاصَّة، وقال: يرد الطعام الثانى؛ لأنه عقد النسيئة.

وقال ابن القاسم: يؤدى ذهب التّمر ويأخذ ذهب قمحه، لزوال التهمة بذلك.

فلو أخذ بالثمن كفيلًا فدفعه إليك، أو رجلا متبرعًا، كان له أخذ طعام من المبتاع من صِنفه وغير صنفه، أقل أو أكثر، قاله ابن القاسم؛ لأن الكفيل مقرض، وليس له ثمن طعام.

فرع: قال: إذا استقرض البائع طعامًا ليقضيه للمبتاع، وأمر المقرض فدفعها للمبتاع - امتنع بيع المبتاع له من القرض، إلا أن يأخذ فيه رأس ماله ليبيعه إياه قبل قبضه. فلو قبضه وطالب المقرض بالطعام، جاز أن يبتاعه منه؛ لأنه قرض، وطعام البائع قد قبض.

فرع: قال: فلو كان لك عليه طعام من سَلَم فقال: بعنى طعامًا لأقضيك - منعه مالك؛ لأنه بيع له قبل قبضه.

قال ابن القاسم: يجوز بمثل رأس المال نقدًا دون الأقل والأكثر.

فرع: قال المازرى: أَجرى بعضُ الأشياخ الخلاف فى أخذ الطعام فى ثمن الطعام إذا كانت قيمةُ الثانى أقل بكثير؛ لعدم التهمة.

فرع: قال: إذا اشترى طعامًا عشرة بدرهم، فدفع درهمًا ناقصًا، فأمسك البائع

بقدره من الطعام، منَعهُ ابنُ حبيبَ؛ لأنه أخذ طعامًا من ثمن الطعام، وبيع الطعام قبل قبضه، ويفاضل بين القضيتين، وتفاضل بين الطعامين؛ لأن الجملة المبيعة مقابلة بالجملة المأخوذة ثانيًا.

فرع: فى الجواهر: الدين كالعين الحاضرة فى جواز البيع بشرط: قبض البدَل فى المجلس، ويشترط فى بيعه - من غير من هو عليه -: إقراره بالدين وحضوره هنا للغرر.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلفته قبل القبض فقبضه المستسلف - لا تبعْه منه قبل قبضك إياه، وإن جاز بيع القرض قبل قبضه؛ لأنه ذريعة للبيع فى العقد الأول قبل القبض.

قال ابن يونس: قال محمد: [يجوز][1] فى اليسير من الكثير، وكأنه وكيل على قبضه، ولا يجوز بيعه قبل القبض من المقترض ولا من غيره إلا بمثل رأس المال، فيكون كالإقالة أو التولية، وكذلك لو أحلت بطعام من بيع على قرض، فلا يبيعه المحال قبل القبض إلا كذلك.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترى من التمر كيلا معلومًا دون الثلث، فهل له بيعُه قبل قبضه وجِذاذه؛ لأنه مبغى على ملكه، أو يمتنع؛ لأنه مبيع مشترى؟ روايتان عن مالك.

فرع: كل ما أسلمتَ فيه من العروض يجوز بيعُه قبل قبضه من غير بائعك بجميع الأثمان إلا بصنفه، ومن بايعك بمثل الثمن فأقل؛ لعدم التهمة، وألغاه عبد العزيز بن أبى سلمة.

قال ابن يونس: يريد: لا يبيعه بصنفه من غير البائع إذا كان أقل أو أكثر، وزاد فى كلام الكتاب: قبل الأجل، فيكون الأقل سلفًا بزيادة، ولا يتجه الأكثر إلا إلى أجل أبعد، فيكون المُسلِم يسلم عند الأجل أقل ليأخذ أكثر بعد ذلك، ولم يوجه إلغاء عبد العزيز، والذى يتجه فيه: تخصيصه بالنقدين؛ لتوقع صرف مستأخر.

فائدة: ذكر فى الكتاب: الثياب الفُرقبية.

قال فى التنبيهات: بضم الفاء أولا، والقاف آخرًا، وآخرُه باء بواحدة، كذا سمعناه. وقيل: بالقاف أولًا وآخرًا: وهى ثياب بيض من كتان.

---

(١) سقط فى ط.

وقال فى كتاب العين: بقافين.

وقال الخَطَّابى: بالفاء أولًا، وقال: لعلها نسبة إلى فرقوب، وحذفت الواو فى النسَب.

فرع: قال: قال فى الكتاب: يجوز بيعُ زريعة الفجل الأبيض، وزريعة السلق، والكراث، والجوز، والبطيخ الفارسى والأخضر، والقثاء قبل قبضه؛ لأنه ليس بطعام، وإن كان يخرج منه طعام، كالنوى يخرج منه النخل ذات الطعام.

وتمنع زريعة الفجل الأحمر، والقرطم؛ لما فيهما من الزيت، وكذلك الفلفل، والقرفاء، والسنبل، والكرفص، والكروية، والشونيز، والكمون الأسود، والملح، والشمار، والكمون الأبيض؛ لأنها طعام.

وخالف محمد فى الأربعة الأخيرة، وجعلها إدامًا.

قال ابنُ القاسم: والحُلبة طعام، خلافًا لابن حبيب.

وقال أصبغ: الخَضراء طعام بخلاف اليابسة، فإنها دواء.

وقال ابن حبيب: حَب الرشاد ليس بطعام بخلاف الخردَل لاستعماله فى السمك وغيره، والزعْفَران ليس بطعام اتفاقًا.

قال اللخمى: فى المدونة: الفلفل ونحوه طعام.

وعنه: ليس بطعام.

وفى الكتاب: الماء ليس بطعام؛ لأنه ينفق الغذاء ولا يغذى.

قال ابن يونس: وعنه: يمتنع بيعه إلى أجَل، فيكون طعامًا.

ولأن الحاجة إليه أكثر من الخبز.

ولأن الخبز يقوم غيره مقامهُ، بخلافه.

فرع: فى الكتاب: إذا كاتب بطعام، جاز بيعُه قبل قبضه من المكاتب خاصة؛ لأن معاملة العبد ليست حقيقة؛ لأنه بيع مالك بمالك، ولا يجوز ذلك فى نجم بل فى الجميع؛ لحصول العتق عقيبهُ.

قال ابن يونس: وقيل: يجوز فى البعض؛ لأن الكتابَةَ ليست بدين ثابت، ولا يحاص[1] بها عنده المكاتب، ويجوزُ بيعها.

---

(١) فى ط: ولا يخلص.

قال اللخمى: وأرى بيعها من المكاتب وغيره إذا كانت قدر الخراج؛ لأنها غلة، وإن كانت أكثر بالشىء الكثير أو من غير الخراج، امتنع بيعُها.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: طعامُ الكِراء والصلح من دَم العَمد والمخالعة كطعام البيع فى الجواز فى الجزاف، والمنع فى غيره؛ لاندِراجه فى صيغة الحديث.

وكذلك أرزاق القضاةِ وغيرهم؛ لأنه فى معنى المعاوضة على العمل، بخلاف مثل أرزاق أزواجه - عليه السلام - فى زمان عمر - رضى الله عنهم أجمعين -، وبخلاف الهبات، والميراث، والسلَف، والصدقة؛ لأن جميع ذلك ليس بيعا، فلا يتناوله الحديث.

قال اللخمى: ويجوز للمقترض بيعُ ما اقترضه [من][1] قبل قبضه، وكذلك المقرض؛ لأن الدين غير[2] المعاوضة، وهذا ليس معَاوضة بل معروف، وإلا كان بيع الطعام نسيئة، ويجوز قرض طعام السلم قبل قبضه.

ويمتنع بيع المقرض له قبل قبضه؛ لأنه على حكم السلم ما دام فى الذمة.

ولو تطوع رجل بقرض ذلك السلَم إليه وبقبضه عنه، لم يجز للذى له السلَم بيعُهِ قبل قبضه؛ للحديث؛ لأنه مبتاع، وكذلك إذا كانت الهبة والصدقة طعام سلَم الأجنبى، يمتنع البيع على الموهوب، والمتصدق عليه؛ لأنهما منزلان منزلة الأصل.

وعن مالك: الجواز؛ لأن يد المشترى قد خرجت.

وضابطه: متى كانت يدُ المُسلِم باقيةً على سلمه، وهو القابض، امتنع البيع، كان المقبوض منه والمسلم إليه، أو واهبًا أوْ متصدقًا أو مقرضًا، لقوله - عليه السلام -: «مَن ابْتاعَ طَعامًا فَلا يَبِعْه. . .»[3] الحديث، وإذا زالت يدُه وكان القابض موهوبًا له، أو متصدقًا عليه، جاز؛ لأنه لم يبع طعامًا.

وأخرج الحنفية[4] من بيع الطعام قبل قبضه، المهر والخلع والجعل.

وقال ابن حنبل: كل عرض ينفسخ عقدُه بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض؛ كالأجرة، والصلح، بخلاف العتق والخلع، وبدل الصلح عن دم

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: عن.
(٣) تقدم.
(٤) فى ط: الحنفى.

العمد، وأرش الجناية، وقيمة المتلف؛ لأن العقد لا ينفسخ بالتلف، فانتفى غَرر الانفساخ بالهلاك، فَلا يبنى عليه عقد آخر مع هذا الغرر، ولا تصح حوالة المسلم فى السلَم، واتفق الجميع على القرض.

فرع: فى الكتاب: إذا باع الذمى الطعام قبل قبضه أكره للمسلم شراءه، وكذلك لا يحيلك على طعام سَلَم قبل قبضه.

قال سند: سواء قلنا: هم مخاطبون بالفروع أم لا؛ لأن منع بيع الطعام قبل قبضه يمنع شراءه، فيحرم على كل أحد شراء طعام لم يستوفه مبتاعُهُ، فلو باعه الذى من ذمى لم يعرض لهما، كما لم يعرض لهم فى عقود الخمر وغيره، إلا أن البائع الأول إن كان مسلمًا لا يدفع الطعام إلا للذى اشتراه منه، وههنا يأتى التخريجُ على خِطابِهم بالفروع.

فإن قلنا: مخاطبون بالفروع: امتنعت مُعَاونتهم على ذلك، وإلا فلا شىء على البائع، ويحكم الحاكم للمبتاع أخيرًا بقبض الطعام إذا ثبتت معاملتهم[1]، وكره مالك معاملة الذمة؛ لما فى أيديهم من العقود الفاسدة.

فرع: فى الكتاب: يمتنع أن يعطيك ما تشترى به بعد الأجَل طعامك؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يعطيك مثله، وليس[2] مالك صفة ومقدارًا، فيجوز بمعنى الإقالة.

قال سند: فإن قيل: قد منع ابن القاسم أن يقول البائع: بِعْنى الطعامَ الذى لك على بعشرة، ورأس المال عشرة، حتى يلفظ بلفظ الإقالة، وأجازهُ ههنا قبل التلفظ.

قلنا: إنما منعه حيثُ[3] صَرح ببيع ما يمتنع بيعُه، فوزانه[4] ههنا: ابتع لى مُدا[5] طعامًا واقبضه من سَلَمك قبل أن يستوفيه، أما إذا لم يذكر ذلك فإنما وقعت الوكالة على ما يجوز، فلا يتهمان ههنا إلا فى الإقالة، وهى جائزة، فإن دفع إليه أكثر من رأس ماله على وجه الوكالة والعوض، أو الطعام، رد إن لم يفُت.

وإن قال المأمور: ابتعت به كفاف حقى:

قال محمد: لا يصدَّقُ ويرد الذهب، ويرجع بحقِّه إلا أن تقومَ بينة على القبض

---

(١) فى أ: معاملته.
(٢) فى ط: رأس.
(٣) فى أ: حين.
(٤) فى أ: موارسه.
(٥) فى أ: فهذا.

باسم صاحبه، ثم يقبضه بعد ذلك [ثم يقر][(١)]؛ لأن المنع للتهمة، فإذا دفع إليه أقل:

فَرق ابنُ القاسم بين العروض والطعام؛ لأن الإقالة فى الطعام إنما تكون [بمِثل][(٢)] رأس المال، وجوزهُ أشهب؛ لضعف التهمة، وحمل على الوكالة.

قال ابن يونس: يجوز إذا دفع مثل رأس المال أو أقل منه ليشترى لنفسه فَزَعَمَ أنه فعل، [صحّ][(٣)].

فرع: قال ابن يونس: يجوز أخذ خمسة محمولة فى عشرة سَمْراء بعد الأجل على معنى الإسقاط، ويمتنع على وجه الصلح والتبايُع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وكذلك السمراء من المحمولة.

تمهيد: [قال سند][(٤)]: اختلف العلماء فى سبب منع بيع الطعام قبل قبضه:

فقال أبو الطاهر: هو معَلل بالعِينة، وهى سلف فى أكثر منه، فيتوسلون له بذلك، فلما كثُر ذلك فى الطعام نهى عنه، والمذهب كله: على المنع، وإن ظهرت السلامةُ من القصد لذلك، إلا أبا الفَرَج أمضاه إذا ظَهَرت السلامة بألا يكون المتبايعان من أهل العِينة.

قال اللخمى: الأحسن: أن يكون ذلك تعبدًا؛ لأنه لو كان لأجل العِينة، لجاز بيعُه من بائعه بأقل، ويلزم استواء الطعام والعُروض.

قال سند: العلة: كون الطعام غذاء للإنسان، وحافظًا بنيته الشريفة لطاعة الله - تعالى -، وسببَ العون على السعادة فى الدنيا والآخرة، فكل ما شرُف قدرُه عظّمه الله - تعالى - بتكثير[(٥)] شروطه، وهذا هو شأن الشرع فى كل ما عظم خطره؛ كالنكاح سبب العفاف، واستمرار النسل، والمكاثرة بهذه الأمة الشريفة، فاشترط الشرع فيه الولى والصداق وغيرهما؛ تفخيمًا لقدره[(٦)].

---

(١) بياض فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: بكثير.
(٦) فى أ: لغيره.

ويشكل عليه بالقرض، والهبة، والصدقة، والميراث، وأعطيات الناس من بيت المال.

ويمكنه أن يجيب: بأن هذه كلها اشتركت فى معنى الإحسان والمعروف، فوسع الشرع فيها؛ تسهيلًا لطرق المعروف ليكثر وقوعُه.

وقال ابن حنبل وجماعة من العلماء: إنما امتنع لاحتمال هلاك الطعام قبل القبض، فينفسخ العَقد، فيكون العقد الثانى عَقد غَرَر، وهو ضعيف؛ لأن الأصلَ: السلامةُ. وبقاء الطعام وتلفُه نادر، فيكون أحسن الأقوال قولُ سند.

نظائر: قال العبدى: يجوز بيع الطعام قبل قبضه فى خمس مسائل:

الهبة، والميراث - على اختلاف - والاستهلاك، والقرض، والصكوك، وهى أعطيات الناس، واختلف فى طعام الخلع والمستثنى من الطعام.

الفصل الثانى:

فى التصرّف فى الطعام قبل القبض على وجه المعروف. وهو الشركة، والإقالة، والتولية.

وفى الجواهر: أرخص فى الشركة، والإقالة، والتولية؛ تنزيلًا للثانى منزلة المشترى، ويمتنع اقتران العقدين فى أجل، أو مِقدار، أو غيرهما.

وروى امتناع الشركة قبل القبض، ومنع الأئمة الجميع إلا الإقالة جَوَّزها ابن حنبل وحده؛ لأنها إقالة عنده، و منه: أقال الله عثرتك: أزالها.

وحجة الجميع: نهيه - عليه السلام - عن بَيْع الطعام قبل قبضه[1]، وهذه بِياعات.

وجوابه: أنه روى فى الحديث فى أبى داود، وأرخص فى الشركة والإقالة والتولية، ولأن الثلاثة معروف فيجوز كالقرض.

فرع: فى الكتاب: للمشترك والولى زيادة الكيل ونقصانه، فإن كفى[2] رجع عليك بحصته من الثمن إن نقص، ويرد الزيادة إن زاد.

فرع: قال: تولية البعض بحصته من الثمن كالكل.

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: كثر.

قال ابن يونس: كل مَا بيعَ بعرض يرجع فيه إلى القيمة، تمتنع فيه الشركة والتولية، لا بالقيمة ولا بالمثل، وتجوز الإقالة فيه مع قيام العرض، فإن فات امتنعت؛ لأنها تَصِيُر مبايعةً بالقيم، وإن كان يكال أو يُوزن فهو كالعين.

فرع: قال اللخمى: إذا اشترى طعامًا بثمن إلى أجل:

قال مالك فى الكتاب: تجوز الشركة فيه قبل القبض، وعلى هذا تجوز التولية، ومنع ابن القاسم التولية حتى يقبضه، ومنع أشهب الإقالة؛ لأنها حل بيع؛ كمن وصله طعام من إجارة أو اشتراه بعرض لا تصح فيه الإقالة ما لم يفت[1] العرض، أو يعمل الأجير فيمتنع الجميع، وتمتنع الشركة والتولية لاختلاف الذمم، فقد تكون ذمة الذى أشرك أو ولى دونه، وإذا شترى طعامًا قريب الغيبة واشترط النقد، جازت [الشركة][2] والتولية، أو بعُد الغيبة، واشترط أن لا نقد إلا بعد [البيع و][3] القبض، جازت الشركة والتولية عند مالك.

ويمتنعان على القول الآخر؛ لاختلاف الذمم فيشبه الشراء بثمن إلى أجل، ويختلف فى الإقالة: هل تجوز؟ لأن الذمم تبرأ من الآن أو لأنه يأخذ طعامًا غائبًا عن ديْن، فيدخله فسخ دين فى دين، وبيع طعام قبل قبضه.

فرع: قال صاحب البيان: إذا اشترى قمحًا بدينار فولى نصفه بنصف دينار، ورد نصفه دراهم - مكروه؛ لمشابهة البيع بالمكايسة.

وهو يخرج على مسألة من وُجد له نصف دينار: هل يراعَى فيه خُلو الذمة، فيجوز على القول بالجواز، ويمتنع على القول بالمنع؟ وأما بعد كيله الطعام فيجوز؛ لأنه بيع جديد.

فرع: قال: قال ابن القاسم: لا تجوز التولية[4] فى طعام اشتراه بعينه غائبًا بالصفة؛ لاختلاف الذمم، إذا المشترى لم ينقد لغيبة الطعام، ويجوز فى الغيبة التى يجوز النقد فيها لقربها؛ لأنه لا يشبه الديْن بالديْن، وكذلك لو استقال منه دَخَله الدَّيْن بالديْن؛ لأنه وضع عن نفسه ثمنًا ديْنًا بسلعة غائبة.

---

(١) فى ط: يثبت.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: التركة.

قال: وهذا لا يستقيم؛ لأنه لو كان هذا بيع دين بدين لامتنع بيع العُروض، وهُو يجيزه. والإقالة إنما هى فسخ دين فى دين؛ لأن البائع فسخ الثمن فى السلعة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: لا تجوز الزيادةُ فى الإقالة فى الطعام قبل الكيل؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن اكتاله ولم يتفرقا، أو لم يقف عليه المبتاع، وكان الثمن نقدًا ولم ينقده - امتنعت الزيادة؛ لأنها إن كانت ذهبًا إلى أجَل والثمن ذهبًا، كان بيعًا وسلفًا؛ لأن البائع اشترى الطعام ببعض الثمن الذى وجب له نقدًا، وأسلفه بقيمته إلى أجَل، وان كانت ورقًا نقدًا، جَازَ، وتمتنع مؤجلة؛ لأنه ذهب بورق إلى أجَل، وإن كانت عَرضا مؤجلا، كانت دينًا بدين، ويجوز أن يزيده معجلًا ذهبًا أو ورقًا أو عَرضا.

وأما إن نقد الثمن واكتال الطعام، فيجوز مطلقًا؛ لأنه بيع حادث، وإن كان الثمن مؤجلًا واكتال ولم يفترقا، جازت الزيادة من كل شىء نقدًا إلا من جنس [الثمن](١) الذى عليه، فيمتنع نقدًا، ويجوز إلى مثل الأجل، ووزن الثمن وسيلة؛ كأنه اشترى ببعض ما له عليه، وبقيت بقية إلى أجله.

وإذا كان الثمن ذهبًا فلا يزيده ورقًا نقدًا ولا إلى أجل أبعد من أجله؛ لأنه صرف إلى أجل، وكذلك إذا كان الثمن ورقًا، ولا يزيده غير النقدين مؤجلًا؛ لأنه دين بدين، فإن تفرقا أو غاب عليه المبتاع، امتنعت الزيادة مطلقًا؛ لأنه زيادة فى السلف، وإن كان البائع المستقل بزيادة ولم ينقد جازت بعد الكيل من سائر الأشياء نقدًا أو إلى أجل كيف كان الثمن نقدًا أم لا، إلا أن تكون الزيادة فى الطعام طعامًا؛ لتوقع التفاضل، ومن غير الجنس، يجوز نقدًا، وتمتنع مؤجلا؛ لدُخول النساء.

ولا اختلاف فى شىء مما تقدم إلا فى موضعين:

أحدِهما: إذا كان المستقيل المبتاع بزيادة، ووزنُ الثمن حالّ، فإنه إجازة، يريد: إذا كان أقل من نصف دينار، ويجوز عند أشهب إذا كان أكثر من صرف دينار.

وثانيهما: قوله: إذا كان البائعُ هو المستقيل بزيادة طعام من غير صنفه - فإنه إجارة إذا كانت الزيادة نقدًا والثمن مؤجلًا. ومنعه ابن حبيب إلا إذا كان الثمن حالا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: العهدة فى الشركة، والتولية فى [البيع المعين](٢)

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: المبيع المعين.

على البائع الأول؛ لأن الثاني نزل منزلته، وبعد المفارقة: على المشترى.

وقال مالك: هى على المشترى مطلقًا إلا أن يشترطها على البائع؛ لأنه بائع ثان، ولو بالحضرة، فالعهدة على البائع الثاني مطلقًا وإن اشترطها على البائع الأول، جاز- عند ابن القاسم - إذا باع بمثل ما اشتراها به أو أقل، فإن كان بأكثر، فلا يلزم البائع الأول ذلك إلا برضاه؛ لأنه يقول: كانت العهدة لك على بعشرة، فلا أرضى بأكثر، فإن رضى كان حميلا بالزائد فى الاستحقاق.

وقال ابن حبيب: لا يجوز؛ لأنها ذمة بذمة إلا أن تكون على وجه الحمالة حتى يرجع المشترى الثانى فى الاستحقاق بقدر الثمن الأول على من شاء منهما، فتحصل فى اشتراطها على البائع الأول فى المبيع ثلاثة أقوال:

الجواز وإن افترقا وطال.

والمنع وإن كان بالحضرة إلا أن يرضى على وجه الحمالة.

والفرق بين حضرة البيع وطوله، وفى الشركة والتولية بالحضرة قولان، على من تكون؟

وجواز اشتراطها بعد الافتراق على البائع قولًا واحدًا.

فرع: قال اللخمى: إذا أشركك على أن تشركه فى طعام آخر، امتنع؛ لخروجها عن المعروف إلى المكايسة، وكذلك التولية والإقالة. فإن قال: أشركنى وأشركك، ورأس المال سواء، كان محملُ ذلك على بيع أحد الطعامين بالآخر، فيجوز؛ لأن الثمن لا يُخرِجه واحد منهما، وإن كان رأس مال أحدهما دنانير، والآخر دراهم، أو عينا، والآخر عرضا امتنع؛ لذهاب المعروف، ويجوز: أقيلك علَى أن تقيلنى؛ لأنه بيع أحد الطعامين بالآخر، فإن اختلف رأس المال أو اتفق واختلف الطعامان، امتنع؛ لذهاب المعروف.

فرع: قيل: أجرة الكيل بعد الاشتراك والتولية على المشترى الأول كالبيع، وكما أن عليه العُهدة، وفى القرض على المقرض، وإن كان الجميع معروفًا؛ لأن هذه تشبه[1] البيع.

وقيل: ليس عليه، قياسًا على القرض؛ لأن الجميع معروف.

---

(١) فى أ: شبه.

فرع: قال: إذا قبض بعض الطعام، جاز تولية المقبوض دون الجميع.

ومنع ابن القاسم فيما لم يقبض.

وأجازه ابن حبيب.

وإذا قَبَض البعضَ وعسر بالباقى:

قال محمد: تمنع الإقالة منه فى الطعام وغيره؛ لأنه بيع وسلف، وبيع الطعام قبل قبضه؛ لأن المقبوض انتفع به، فكانت الزيادة بمنفعته، فإن رد المقبوض ثم أقالهُ من الجميع، امتنع؛ لأنه بيع الطعام قبلَ قبضه؛ لأن المقبوض مال من ماله، فقد ولاه إياه ليقيله، إلا أن يكون المقبوض يسيرًا نحو العشرةَ من المائة.

فرع: قال: إن أَشْركتَه عَلَى أن ينقد عنك، امتنع؛ لأنه بيع وسلف، ويفسخ إلا أن يسقط السلف. فإن قال لك قبل العقد: أشركنى وانقُد عنى، أو قال: اشتر وأشركنى، ثم قال بعد العقد: انقُد عنى - جاز فى الصرف وغيره؛ لأنهما معروفان، والبيع انعقد عليهما معًا، ولو اشترى لنفسه ثم قال: أشركنى وانقد عنى، أو قال: أشركنى ثم قال: انقد عنى - امتنع فى الصرف؛ للنسيئة، وجاز فى العروض إذا لم يكن سلما فى الذمة؛ لأنه بيع دين بدين، وإذا كان الطعام حاضرًا، لم يجز أن يشركه على أن ينقد عنه، فإن أشركه بغير شرط، ثم قال: انقد عنى ولم يكن الأول نقد - جاز، وإن نقد امتنع.

وعن ابن القاسم - أيضًا -: الجواز، نقد أم لا؛ لأنه معروف، فإن كان الطعام سلما، لم يجز إشراكه إلا أن ينقد بالحضرة؛ لئلا يكون دينا بدين، وإن كان الطعام غائبًا، امتنعت الشركة والتولية، وإن كان معينًا؛ لأنه دين بدين.

قال محمد: إلا أن ينقد قبل الافتراق، ومحمل قوله فى منع الشركة بشرط النقد فى العروض سلما فى الذمة على القول فى التولية: أنها لا تجوز إلا فى النقد، وتجوز على القول الآخر إذا استوى رأس مال السلم.

فرع: فى الكتاب: يمتنع أن يقيله من طعام السلم، ويعطيه برأس المال ذهبا، أو كفيلا[1]، أو يحيل به، أو يؤخر دينه يومًا أو ساعة؛ لأنه دين بدين، وبيع الطعام قبل قبضه، وإذا أخر دينه حتى طال، انفسخت الإقالة وبقى البيع، وإن قبض الثمن من

---

(١) فى ط: وكفيلًا.

المحال عليه قبل مفارقة المحيل، جاز؛ للقرب، ولو وكل البائع من يدفع رأس المال وذهب، أو وكلت أنت وذهبت: فإن وقع القبض قبل التفرق، جاز، وإلا فلا.

قال ابن يونس: وكذلك كان ينبغى فى الحوالة؛ لأجل القرب.

القسم الرابع من الكتاب: فى مقتضيات الألفاظ لغة وعرفًا

وهى عشرة ألفاظ:

الأول: فى الجواهر: لفظ «التولية» يقتضى نقل الملك إذا قال: وليتك، وبهذا العقد انتقل الملك إليه بالثمن الذى تقرر، وهو مِلك متجدد، والعلة المتجددة الأولى؛ لأنه كان ضامنًا، وتتجدد الشفعة بحدثان هذا البيع، ولو حط على المولى بعض الثمن سقط عن المولى؛ لأنه فى الثمن كالبناء، وفى نقل الملك كالابتداء.

اللفظ الثانى: الشركة: وفى الجواهر: إذا قال: أشركتك فى هذا العقد، حمل على النصف على المنصوص لابن القاسم؛ لأن التساوى هو الأصل.

اللفظ الثالث: الأرض: ففى الجواهر: تندرج تحتها الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر، كمأبور الثمار. فإن كان كامنًا اندرج على أحد الروايتين.

وتندرج الحجارةُ المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها.

وقال (ش): لا يندرج فى لفظ الأرض البناء الكثير، ولا الغرس، ويندرج فى لفظ الدار: الخشب المسمر، والسلم المتنقل، ويندرج المعدن فى لفظ الأرض؛ لأنه من أجزائها بخلاف الكنز والحجارة المدفونة.

وقال ابن حنبل: يندرج فى الأرض البناء والغرس، وفى الدار: الأبواب، والخوافى[١] المدفونة، والرفوف المسمرة، وما هو من مصالحها دون الحجر المدفون؛ لأنه كالوديعة، وتندرج الحجارة المخلوقة فيها، والمعادن دون الكنوز.

قال صاحب البيان: إذا ظهر الزرع، فللبائع إلا أن يشترطه المبتاع.

ومنع مالك بيع الأرض فيها بزر بأرض ليست كذلك - فى المدونة، وجوزه سحنون، وجوز - أيضًا - بيعها وفيها بزر بطعام نقدًا، أو إلى أجل؛ لأنه لا حصة له

---

(١) فى أ: الخدامى.

من الثمن عنده.

اللفظ الرابع: البناء: وفى الجواهر: تندرج فيه الأرض.

اللفظ الخامس: البستان، والحديقة، والجنان، يستتبع الأشجار، وقاله (ش).

اللفظ السادس: لفظ الدار: ففى الجواهر: يندرج فيه الثوابت ومرافق البناء: كالأبواب، والأشجار، والرفوف، والسلم المثبت دون المنقولات.

اللفظ السابع: لفظ العبد: وفى الجواهر: لا يتناول ماله، ويتناول ثيابه التى عليه إذا أشبهت مهنته، فلو اشترط تسليم الأمة عريانة، سقط الشرط، وعليه مواراتُها؛ لأنه شرط محرَّم.

اللفظ الثامن: لفظ الشجر: ففى الجواهر: تندرج تحته الأرض، والأغصان، والأوراق، والعروق، واستحقاق البقاء مغروسًا[(١)] والثمرة غير المُؤبرة دون المؤبرة، وكل ثمرة ظهرت للناظر.

وقال ابن حنبل: لا تندرج الأرض فى الشجر؛ لتباين الاسم، ولا هى تبع فى البيع، وبقولنا فى الثمار قال (ش)، وابن حنبل. وقال (ح): للبائع - مطلقًا - إلا أن يشترطها المبتاع؛ لأنها [لا][(٢)] يجوز إفرادها بالبيع، فلا تتبع أصلها كالمؤبرة.

وجوابه: إفراد الشيء بالعقد لا يوجب عدم التبعية، كسقف الدار وعرصتها، ثم لو سلمنا حجة القياس فهو معارض بما في الموطأ: قال - عليه السلام -: «مَنْ بَاعَ نخلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا المُبْتَاعُ»[(٣)] ومفهومُه يقتضى إذا لم تؤبر، للمبتاع.

ولأنه - عليه السلام - إنما جعلها للبائع بشرط الإبار، فإن انتفى الشرطُ انتفَى المشروط، فالأول مفهوم الصفة، والثانى مفهوم الشرط. وهذا ضعيف من جهة أصحابنا، فإن الحنفية لا يرون المفهوم حجة، فلا يستدل عليهم به، بل نقيس الثمرة على الجنين إذا ظهر لن يتبع الأصل، وإلا تَبع، أو نقيسها على اللبَن قبل الحِلاب، واستتَار الثمار فى الكمام كاستتار الأجنة فى الأرحامِ، واللبن فى الضروعِ، أو نَقيسه

(١) فى أ: معروف.

(٢) سقط فى أ.

(٣) أخرجه البخارى (٢٢٠٤)، ومسلم (٧٧/ ١٥٤٣)، ومالك فى الموطأ (١/ ٦١٧) (٩) عن ابن عمر.

على الأغصان والورق، أو نَوَى التمر.

وهذه الأقيسة أقوى من قياسهم بكثير؛ لقوة جوامعها، وضعف جوامعهم.

فائدة: قال صاحب الإكمال: الإبار: تَذكيرُ الأشجارِ بِجَعل طلع الذكَر فى الأنثى، أو يعلق عليها لئلا يسقط ثمرها، وهو اللقاح - أيضًا - تقول: أبرتُ النخل، أَبُر - بضم الباء - فى المستقبل، مُخفف الباء وأبرتهُ، مشدد الباء.

وقال ابن حبيب: الإبار: شق الطلع عن الثمر.

وقال بعض اللغويين فى غير الإكمال: والإبار والتلقيح: شق الثمرة وظهورها؛ لأنه لا يكون إلا عند ذلك، وأجمع العلماء على أن مُجردَ التلقيح ليس معتبرًا، وإنما المعتبر الظهور، ويقال: أبَرت النخلة آبُرها - بالتخفيف - أبرا وإيبارًا، وأبَرتُها - بالتشديد - تأبيرًا، وتأبرت النخلة، وأبرت. وبقول ابن حبيب قال الشافعية.

فرع: قال صاحب الإكمال: المشهور: منعُ اشتراط البائع ما لم يؤبر، وعلى القول بأن المستثنى غير مبيع: يجوز؛ لأن غير المؤبر كالجنين.

قال صاحب البيان: يمتنع عند مالك وجميع أصحابه.

فرع: فى البيان: الأقل - أبدًا - تبع[(١)] للأكثر فى التأبير وعدمه، شائعًا كان أوْ غيرَ شائع، فإن تَقاربا فى التأبير وعدمه، وكل واحدة على حدة، استقل كل بحكم نفسه، فإن كان التأبير وعدمه فى كل نخلةٍ، فأربعة أقوال:

يخير البائع بين تسليم الحائط بثمرته، وبين أخذه، وفسخ البيع، قاله ابن القاسم؛ لضرر الشركة، ويفسخ البيع إلا بشرط الثمرة للمبتاع؛ لانعقاده على فساد المنازعة، فالجميع للمشترى؛ تغليبًا لنقل العقد، أو الجميع للبائع؛ تغليبًا للاستصحاب، لابن حبيب.

وفى الجواهر: روى إذا أبر أكثرها: أن غير المؤبر للمبتاع؛ نظرًا للعقد.

[فرع: قال الشافعية والحنابلة: الثمرة خمسة أضرب:

ذو كم؛ كالقطن، وما يقصد نواره؛ كالورد والياسمين فإنه يظهر من أكمامه ثم ينفتح فيظهر فهو حينئذٍ للبائع.

الثانى: ما لا نوار له ولا قشر؛ كالتين، والتوت، والجميز؛ لأن ظهوره من

---

(١) فى أ: يتبع.

الشجر كظهور الثمرة من الكم.

الثالث: ما يظهر فى قشره إلى حين أكله؛ كالرمان، والموز، فللبائع بنفس الظهور؛ لأن قشره من مصلحته.

الرابع: ما يظهر فى قشرته؛ كالجوز، واللوز، فللبائع بنفس الظهور؛ لأن قشره لا يزول عنه غالبًا.

والخامس: ما يظهر نواره، ثم ييبس فتظهر الثمرة؛ كالتفاح، والمشمش، والإجاص، والخوخ، فإذا ظهرت الثمرة فللبائع. وهذا تفصيل حسن لم أره لأصحابنا. وما أظنهم يخالفون فيه][1].

فرع: فى الجواهر: قال عبد الملك: النخل التى لا تؤبر إذا انصلح طلعهُ وظهر غريضه[2] وبلغ مبلغ الإبارة فى عهد[3]، فللبائع إلا أن يستثنيه المبتاع.

فرع: قال: ليس لمشترى الأشجار تكليف البائع قطعَ الثمار إلا إلى أوان القِطافِ؛ لقضاء العادة بذلك، ولكل واحد سَقىُ الشجر إذا احتاج إليه إلا أن يتضرر صاحبه بذلك.

نظائر: قال العبدى: يتبع الأقلُ الأكثرَ فى أحد عشر موضعًا:

أقل الحائط يتبع أكثره فى التأبير وعدمه، وإذا اجتمع الضأن والماعز أخرج من الأكثر، والغنم المأخوذة فى زكاة الإبل تخرج من غالب غنم أهل البلد ضأنًا أو ماعزًا، ويزكى الزرع بغالب [السح أو النضح][4]، وإذا أبر بعض المال زكى بحكم الغالب، وزكاة الفطر من غالب العيش، والبياض مع السواد فى المساقاة: الحكم للغالب، وإذا ثبت أكثر الغرس فللغارس الجميع، أو الأقل، فلا شىء له، وقيل: له سهمُه من الأقل.

وإذا أطعم بعض الغرس، سقط عنه العمل دون رب المال.

وقيل: بينهما.

وإذا أخذ[5] المساقى أكثر الحائط فليس عليه سقى، وإذا حبس على أولاد صغار

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: إغريضه، وفى أ: عرمصة.

(٣) فى أ: غيره.

(٤) فى ط: الشيح أو النضح.

(٥) فى ط: جذ.

أو وهب لهم فحاز الأكثر، صح الحوز فى الجميع، وإذا استحق الأقل أو وجد به عيب، ليس له رد ما لم يستحق، بل يرجع بقدره.

اللفظ التاسع: المرابحة:

قال صاحب التنبيهات: البيوع أربعة:

مساومة.

ومزايدة.

ومرابحة.

واسترسال.

وأحسنها: المساومة، وأسلمها، وهو جائز اتفاقًا، ويمتنع فيه أن تكون السلعة قديمة فيدخلها السوق ليُوهم طراوتها، وهو المسمى بالتبريج، فيمنعه شيوخنا.

والمزايدة: عرضها فى السوق لمن يزيد، وكرهه [مالك، و][1] بعض العلماء، ورآه من سَوم الإنسان على سَوم أخيه.

والسلعة لمن وقفتْ عليه بالزيادة، فإن أعطيا عطاء واحدًا اشتركا عند ابن القاسم.

وقيل: للأول، ولا يأخذها الثانى إلا بزيادة.

فإن أعطيا معا اشتركا.

وهذا فى بيع الأيتام للدين، وبيع السلطان والوكلاء وكل ما باعه غير مالكه[2]، أما المالك، فله البيع لأحدهما ولغيرهما بالثمن وأقل، ما لم يركن إلى أحدهما أو يُواطئه.

والمرابحة: أصعبُها؛ لكثرة وجوه الكذب والغِش فيها.

وبيع الاسترسال والاستمانة، فهو مع الجاهل بالبيع يقول: أعطونى بدينار كذا. فيتقى فيه الغش والخديعة وكتمان العيوب، ويرد بالغبن، قاله ابن حبيب، وقصره على المشترى دون البائع، وغيره يجيزه فيهما.

فرع: فى الكتاب: تجوز المرابحة للعشرة أحد عشر، وتوضيعه العشر أحد عشر، ويقيم على أحد عشر، فيحط منه جزءا فى بيع الوضيعة.

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: ملكه.

قال ابن يونس: للعشرة اثنان، نحو العشرة اثنا عشر، أى ينقص السدس، أو يزيده، والعشرة عشرة معناه: تضاف عشرة لعشرة فتكون الزيادة أو النقصان النصف تصحيحًا لكلام العاقل بحسب الإمكان، وإلا فالإخراج عشرة من عشرة من بقاء ثمن محال عقلا.

وفى الجواهر: إذا باع بوضيعة للعشرة أحَد عشر أو أكثر، فللمتأخرين قولان:

أحدهما: أنه يأخذ عن كل أحد عشر: عشرة. وثانيهما: ما تقدم.

وبوضيعة العشرة عشرين، يحط نصف الثمن اتفاقًا.

قال صاحب تهذيب الطالب: وبوضيعة للمائة أربعون يوضع عنه من كل عشرة السُبعان من أربعة عشر؛ لأنا قسمنا المائة على أربعة عشر، وبوضيعة للعشرة أربعون، يوضع من كل عشرة ثلاثة أرباعها، ولكل عشرة خمسون، يوضع من كل عشرة أربعة أخماسها، وكل مائة خمسون يحط الثلث.

تمهيد: فى التنبيهات: المرابحة خمسةُ أوجه:

أحدها: أن يبين جميع ما لزمها، وما يحسب، وما لا يحسب، مفصلًا أو مجملًا، ويشترط الربح للجميع، فيصح ويكون الربح فيه من جملة الثمن كالمساومة.

وثانيها: أن يبين ما يحسب ويربح له، وما لا يحسب ولا يربح عليه، ويوصف الربح على ما يربح عليه خاصة، فيجوز.

وثالثها: يبهم ذلك كله ويجمعه جميعه، ويقول: قامت بكذا، والربح كذا، ففاسِد؛ للجهل. ما يحسب ثمنًا ومالًا يحسب فهو جهل بالثمن؛ لعدم تعينه.

ورابعها: يبهم فيها النفقة مع تسميتها، فيقول: قامت على بمائة: شدها وطيها وحملها وصبغها، أو يفسرها فيقول: منها عشرة فى مؤنة ولا يفسر المؤنة، ففاسد؛ للجهل بالثمن.

قال سحنون: ينفسخ.

وفى الموازية: جوازه، ويحقق بعد ذلك ولا يكون هذا أسوأ حالًا[1] من الكاذب فى الثمن.

---

(١) فى أ: اسو حال.

وخامسها: يفسر المؤنة فيقول: هى على بمائة: الثمن كذا، والمؤنة كذا، ويذكر المؤنة مفصلة، [ولو][(١)] باع للعشرة أحد عشر، ولم يفصلًا ما يوضع له الربح، وما يحسب وما لا يحسب، فالجواز للأصحاب، ويقضى الثمن على ما يجب، وإسقاط ما لا يجب إلى الثمن.

قال: وفيه نظر؛ لأنهما قد يجهلان الحكم فيما يسقط ويثبت.

فرع: فى الكتاب: إذا حمل البز إلى بلَد آخر لا يحسب من رأس المال جُعل السمسار، ولا أجرة الشد والطى، ولا كراء البيت، ولا نفقة نفسه ذاهبًا وراجعًا - كان المالُ له أو قِراضًا، ويحسب كراء المحمولة والنفقة على الرقيق والحيوان فى أصل الثمن، ولا يحسب له ربحه إلا أن يرتجوه بعد العلم به.

قال ابن يونس: ينبغى لِمن باع مرابحة أن يَعرف ما يحسب من الثمن، وما لا يحسب، وما يحسب له ربح، وما لا يُحسب له.

قال صاحب النكت: كل صنعة قائمة؛ كالصبغ، والخياطة، والكماد، والطراز، والغسل - يحسب، ويحسب له ربح، وما ليس عينًا قائمة لكن بثمن السلعة فى نفسها؛ كنفقة الرقيق والمحمولة يحسب، ولا يحسب له ربح، وما ليس بعين قائمة ولا بِثمن السلعة ذاتا ولا سروفا[(٢)]، لا يحسب [ولا يحسب][(٣)] له ربح؛ لأنه لم ينتقل للمشترى، فلا يقابل بشىء، فإن كان يتولى هو الطراز والصبغ بنفسه، لم يحسب، ويحسب له الربح؛ لأنه كمن وصف ثمنًا على سلعة باجتهاده.

وكلامه فى الكتاب محمول على الاستئجار، وبهذا التفصيل قال (ح)، وجماعة العلماء.

وقال (ش): يضُم إلى الثمن كل ما له زيادة فى العين دون نفقة الرقيق.

وقال صاحب التنبيهات: أخذ من قوله: لا يحسب أجرة السمسار: أن أجرته على المشترى.

قال: وهو لا يدل، بَلْ ذلك على عرف الناس، أو يكون البائع دفع إليه ليبيع،

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: ذاتا ولا سوقا، وفى أ: دابا ولا سروفا.

(٣) سقط فى ط.

فالأجرة عليه؛ لأنه أجير، أو المشترى، فالأجرة عليه؛ لأنه وكله على الشراء.

قال مالك: ويجوز أن يجعل له على كل مائة يشترى ثلاثة دراهم، فعلى هذا تكون محسوبة مضروبًا لها الربح؛ لأنها بعض الثمن، وقاله ابن محرز.

وقيل: تحسب ولا يضرب لها ربح.

قال اللخمى: يريد بنفقة الرقيق مالم تكن لهم غلة توفى النفقة، فإن قلتْ عن النفقة، حسب الفاضل، ولو كان سعرُ البلدين سواء، لم يحسب الحمل؛ لعدم تأثيره فى الثمن، ولو أرخص أسقط الكراء، ولا بيع حتى يبين، ولا يبين القصَارة ويبين الخياطة؛ لأن الناس يكرهون الخياطة السوقية، ولأن المبيع بعد التفصيل والخياطة أرخص من الذى يفصل على يده، ولا يبين الصبغ إلا أن يبور عليه فيصبغه، فإن لم يبين فأصل ابن القاسم فى مثل هذا: أنه غش لا يلزم للمشترى وإن حط ذلك.

وعلى رأى سحنون: هو كذب، إن حطه لزمه.

قال المازرى: قول بعض الأشياخ: إنما يحسب الحمولة إذا كان البلد الثانى أغلى، وهذا إنما يحسن إذا حمل البائع المتاع عالمًا بذلك.

وإذا أنفق على الدور، والأرضين، والنخل، والشجر فى سقى وغيره، وسَاوى الإنفاق الغلة أو زادت - جاز البيع مرابحة، ولا يحسب فاضل الإنفاق فى رأس المال، ولا يحسبه له ربحا، وأخذ لبن الماشية لا يمنع البيْع مرابحة إذا لم يتغير سوقها ولا بدنها. ولا يتبع فى الولادة حتى يبين[1].

تنبيه: مدرك الأصحاب وغيرهم من العلماء فيما يحسب وما لا يحسب، وما له ربح وما لا رِبح له، إنما هو عرف التجارة، وكذلك صرحوا فى تعاليلهم بذلك، ووقع لفظ المرابحة فى تصانيفهم فى مقتضيات الألفاظ عرفًا.

ويلزم على هذا أمران:

أحدهُما: أن البلد إذا لم يكن فيه عرف وباع بهذه العبارات من غير بيان - أن يفسد البيع؛ للجهل بالثمن، وبأى شىء هو مقابل من المبيع.

وثانيهما: أن العرف إذا كان فى بلد على خلاف مقتضى هذه التفاصيل - أن تختلف هذه الأحكام بحسب ذلك العرف، فاعْلَم ذلك.

---

(١) فى أ: يس.

فرع: فى الجواهر: تشترط معرفة المبتاع بما اشترى به، أو قامت به عليه، فإن جهله عند العقد بطل.

فرع: قال المازرى: إذا تقايلا على مثل الثمن، جاز البيع مرابحة، فإن تقايلا بأكثر؛ كمن يشترى بخمسة ثم يبيع بتسعة ثم تقايلا، لا يجوز بيعه مرابحة بتسعة؛ لانحلال بيعها بالإقالة على القول بأن الإقالة حل بيع.

فإن قلنا: إنها بيع، جاز البيع مرابحة، غير أنه يتهم فى الإقالة لهذا الغرض.

قال بعض المتأخرين: إن وقعت الإقالة بعد البيع بأيام ارتفعت التهمة، وجاز البيع بثمن الإقالة، فإن تقايلا بأكثر من رأس المال أو أقل منه فى ذلك العقد، جاز البيع مرابحة بالثمن الذى تقايلا عليه؛ لأنه بيع مستأنف وليس إقالة، ومنعه ابن حبيب؛ لأن النقصان قد يكون أكثر من الثمن الأول ففاضل[1] الربح فى عقد الإقالة.

فرع: فى الكتاب: إذا جعل للحمولة ربحًا، ولم يبين، وحصل الفوت بتغير سوق أو بدن - حسب ذلك فى الثمن، ولم يحسب له ربح، وإن لم يفت، رد البيع إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا دَخل فى الثمن ما لا يحسب، أو ما يحسب ولا يحسب له ربح ولم يبين ولم يفت - خيرُ بين إزالة ما لا يحسب وربحه ورد السلعة، فإن فاتت، فهى كمسألة الكذب، إن لم يضع البائع ذلك، كان على المشترى القيمة، إلا أن يكون أكثر من جميع الثمن، فلا يزداد، أو أقل من الثمن بعد الطرح، فلا ينقص، وهو تفسير ما فى المدونة.

قال: وظاهرها خلافه؛ لأن الكذب زيادة ما لم يكن، وهذا زيادة ما أخرجه من ماله.

فرع: فى الكتاب: إذا رَقَم على متاع وزنه واشتراه، فلا يبعه مرابحة على ما رقم.

قال ابن يونس: يريد: رقمه بوصفه؛ لأنه خديعة، فإذا علم المشترى، خُير بين أخذها بجميع الثمن وردها، فإن فاتت، فالأقل من القيمة أو الثمن، فإن اشترى

(١) فى ط: يفاضل.

جملة ثياب فَرقَّم على كل ثوب ما وضعه وباع منها واحدًا مرابحة ولم يُبين ولم يفت- خير المشترى بين الرد والتمسك بجميع الثمن، فإن رد، فللبائع إلزامهُ إياه بما يقع عليه من جملة الثمن، وما قابل ذلك من الربح، فإن فات وأبى المشترى التماسك، وأبى البائعُ أن يضرب بالعدل[1] فعلى المشترى القيمة يوم ابتاعها إلا أن تزيد على الثمن فلا يزداد، وأقل من الثمن وحصته من الربح فلا ينقص.

وقال ابن عبدوس: إن لم تفت ليس للبائع إلزامه إياها بما يقع عليها من الثمن؛ لأنه لم يتناوله العقد إلا أن يرضى.

ولأن الجملة يزادُ فيها، وان فاتت، فعليه القيمة إلا أن يتماسك ببيعه الأول.

فرع: فى الكتاب: إذا كتب على السلعة أكثر من ثمنها وباعها بكتابتها ولم يقل شيئًا، شَدّد مالك فيه الكراهة؛ خشية الخديعة.

قال ابن يونس: قيل: معناه: باعها مساومة بأقلّ مما كتبَ، أو مرابحة بالثمن الصحيح، فإن كانت قائمة، خير بين أخذها بذلك، أو ردها، فإن فاتت، فعليه الأقل من القيمة، أو الثمن.

فرع: فى الكتاب: عليه أن يبين العيب دون الغلة؛ لأنها له بالضمان، إلا أن يطول الزمان، أو تحول الأسواق، فيبينه[2]؛ لأن الأغراض تختلف فيه.

وقاله (ش) فى كل ما نشأ عن العين؛ كالولد وغيره؛ لعدم وجوده عند العقد، فإن جزّ صُوفًا بينه؛ لأنه إن كان عند البيع[3] تامًا فله جزءُ من الثمن، أو حدث بعده، فقد طال الزمان، فتغير الحيوان.

ويبين توالد الغنم وإن باعها بأولادها، وإذا[4] ولدت الأمة لا يبيعها مرابحة، ويمسك الولد، وإن أخر الثمن أو حط منه شيئًا فليبينه.

قال اللخمى: إذا حدث الصوف عنده فإنما ينظر إلى انتقال السن، فإن كانت جذعة وصارت ثنية، فلا مقال للمشترى؛ لانتقالها للأفضل، إلا أن يتغير سوق بنقص، فإن كانت رباعية فهرمت، فعليه البيان.

(١) فى ط: بالعقد.
(٢) فى ط: فليبينه.
(٣) فى ط: البائع.
(٤) فى أ: فإذا.

قال: وأرى إذا كانت الغنم حوامل عند الشراء أو قريبة الوضع وباعها بأولادها - ألا يبين؛ لأنها زيادة لا ينكرها المشترى، وهو فى الأمة أبين؛ لذهاب خوف الوضع.

وإن حملت بعد الشراء، أو كانت حوامل بعيدة الوضع لا يبين ذلك - أيضًا - ؛ لأن الولد زيادة، وإنما يعتبر طول الزمان، وانتقال الشىء إلى الأدنى، ويبين فى الجارية؛ لأنه عيب، ولا يراعى انتقال سنها، وإذا حال السوق بزيادة ولم يطل مكثُه، لم يبين، وإن عاد السوق عن قرب، لم يبين، وإن طال مكثه ولم يتغير سوقه ولا بدنُه ولا بار عليه، لم يبين، وإن بارَ بيّن؛ لكراهة الناس فى البائِر، وإذا لم يبين نقص السوق والبدَن، فغشٌ عند ابن عبدوس، وكذبٌ عند سحنون.

قال: والأول أحسن.

فإذا حطه البائع سقط مقال المشترى، وكل عيب حدث فكتمه فهو كذب، وطول الزمان غش، والزيادة فى الثمن كذب، ورقم أكثر منه مع البيع به غش؛ لأن المشترى يظن نقص السعر، فللمشترى الرد مع القيام، وإن كره البائع، فإن فاتت فالأقل من القيمة أو الثمن، ويختلف فى القيمة متى تكون:

فعلى القول بأن المحبوسة بالثمن من البائع تكون: يوم القبض.

وعلى القول أنها من المشترى: يوم البيع، إلا أن يكون المشترى لم ير الرقم أو رآه ولم يفهمه، فلا مقال له.

وإذا اطلع على عيب فرضيه، فباع مرابحة ولم يبينه، فهى مسألة عيب، أو بينه ولم يبين رضاه به، فمسألة كذب، إن كان رضاهُ كراهة فى الخصومة أو لغيبة البائع، وإن كان رغبة فى السلعة فليبين العيب خاصة دون الرضا، وإن أخذ سلعة من مديان موسر بدين حال، وهو متمكن من قبضه، فله بيعُها بما أخذها فيه ولا يبين، وإلا بين، فإن لم يبين فمسألة كذب وغش على القولين، وإن حدث العيب عنده ولم يبين، فغش.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى لأجل بين ذلك، وقاله (ش). فإن باع بالنقد فهو مردود، فإن قَبِلَهَا المبتاع بالثمن إلى ذلك الأجَل، منع؛ لأنه سلف بنفع، فإن فاتت، فالقيمة يوم القبض مُعجلة.

قال اللخمى: جعله كمن قيل له: لا ترد بالعيب، ونؤخرك بالثمن.

قال: وأرى: أن ينظر، فإن قام ليرد، فقال: لا ترد وأنا أصبر عليك، فسد، وإن رد فقال له: اقبلها، وأنا أصبر عليك، جاز؛ لأنه بيع مستأنف بثمن إلى أجل.

وقال سحنون: يقوم الدين بالنقد، فإن رضى البائع بضرب الربح على القيمة، لم يرد؛ لذهاب الضرر.

قال ابن يونس: إذا أخبر بالثمن ولم يبين للمبتاع الرد: فإن فاتت، فالقيمة؛ كالذى لم يبين تأجيل الثمن، وإن حط عنه ولم يبين:

قال سحنون: يلزمه، وإلا خُير بين الإمساك والرد.

وكذلك إن حطه دون حطيطة من الربح يلزمه البيع، فإن لم يعلم بالحطيطة حتى فاتت أو كانت الحطيطة بعد الفوت، حط عنه ذلك من غير ربح، وإلا فله القيمة ما لم تجاوز الثمن الأول فلا تزاد، أو تنقص من الثمن بعد طرح الحطيطة بلا ربح، فلا ينقص.

تنبيه: قال اللخمى: مدار هذا الباب على سَبع مسائل:

مسألة كذب(١)، مسئلة غش، مسئلة عيب، مسألة كذب وغش، مسألة كذب وعيب، مسألة عيب وغش، مسألة كذب وغش وعيب.

المسألة الأولى:

مسألة كذب: بأن يشتريها بخمسة، ويقول: سبعة، فإن كانت قائمة، يخير المشترى بين التمسك بغير شىء، أو يرد، إلا أن يحط الكذب وربحه، وقاله (ح).

وقال (ش) فى أحد قوليه، وابن حنبل: بَل يتعين الرجوع بما زاد، فإن فاتت، خيّر البائع بين حط الكذب وربحه، وبين القيمة يومَ القبض ما لم تزد على ما باع به، أو تنقص عن الثمن الخمسة وربحها، قاله مالك.

وقال عبد الملك: للمشترى الرد حالة القيام وإن حط الكذب وربحه؛ لأنه يتوقع أن ماله حرام، ويحمل قول مالك على أنه طلب إسقاط الزائد فقط، أما لو قال: أخشى أن ذمته مشغولة، كان ذلك له؛ لأن الناس يكرهون معاملة أهل الحرام.

---

(١) فى أ: الكذب.

فإن لم ينقد الثمن، أو نقده وعرفت عينه وكان عرضًا ولم يفت، كان له الرد؛ كما قال عبد الملك، وإن استهلكه، مضى بالثمن الصحيح؛ لأنه إن رد السلعة أخذ ثمنه من حينه[1]، إلا أن يكون حديث عهد بالجلوس للبيع، فلا رد له إن حط الكذب وربحه.

وروى ابن القاسم عن مالك: يفيت السلعة حوالةُ الأسواق، والقيمة يوم القبض.

وعنه: يفيتها النماء والنقص والقيمة يوم البيع؛ ملاحظة لصورة العقد.

والخلاف فى وقت القيمة من الخلاف فى المحبوسة بالثمن، فعلى القول بأنها من البائع: فالقيمة يوم القبض.

وعلى القول الآخر: يومَ البيع.

وعن مالك: يحط الكذب وربحه فى الفوت من غير تخيير.

والأول أحسن؛ لأن ظلمه[2] لا يلزمه أخذ ما لم يبع به.

المسألة الثانية:

مسألة الغش: بأن يشترى بخمسة ويرقم سبعة، ويبيع على خمسة، فيفهم أنه غلط، فهى خديعة - فيخير المشترى بين التمسك بغير شىء، أو الرد وأخذ الثمن، وليس للبائع إلزامه.

فإن فاتت فالأقل من الثمن الذى بيعت بهِ، أو القيمة، ولا يضرب على القيمة ربح.

وقال ابن عبدوس: يفيتها حوالة الأسواق؛ كالبيع الفاسد.

وعلى رواية على: لا يفيتها إلا العيوب؛ لأنها أقوى من الكذب، وإن أحب الرد، ردها وما نقصها العيب.

المسألة الثالثة:

مسألة العيب: فله الرد، وإن حط عنه أرش العيب؛ لأنه يكره المعيب، بخلاف الكذب إذا حط.

---

(١) فى أ: حسه.

(٢) فى أ: طلبه.

المسألة الرابعة:

مسألة كذب وغش: اشترى بخمسة وقال: سبعة، وطال زمانها فى يده وبارت، ورقم عليها عشرة، فإن كانت قائمة فإن للمشترى الرد، وإن طرح عنه الكذب[١] لأجل الغش، وإن فاتت بنماء أو نقص، فقيامُه بالغش خير له، فإن كانت القيمة يومَ القبض دون الخمسة، لم يكن عليه غير القيمة، وإن كانت أكثر اتفق الكذب والغش، ويغرم القيمة من غير ربح ما لم يجاوز الكذب وربحه.

وعلى القول أن الكذب يحط كالعيب: يبدأ به فيحط، ثم يغرم القيمة ما لم يتجاوز الباقى.

المسألة الخامسة:

العيب والغش: فإن لم تفت فله الرد، فإن فاتت بنماء أو نقص، فله التمسك، ثم يبدأ بالعيب فيحط قدره من الثمن، ثم يرجع إلى الغش، فليس له إلا قيمتها معينة، وتغير سوقها فوت من جهة الغش - على قول ابن عبدوس - فله الرد بالعيب - حينئذ - وله التمسك، ويدفع القيمة من ناحية الغش، وتقوم - على رأى محمد - لا عيب فيها؛ لأنها لم تفت من ناحية العيب.

وعلى القول الآخر: تقوم معيبة[٢].

المسألة السادسة:

الكذب والعيب: إن علم بالعيب وهى قائمة، فله الرد به، وإن حط البائع الكذب، أو فاتت بنَمَاء أو نقص، كان فوتًا للكذب وربحه، ثم يحط العيب من الثمن الصحيح، وعلى القول بأنه لا يسقط: يبتدأ بإسقاط العيب من جملة الثمن الصحيح والسقيم. فإن فاتت بحوالة الأسواق فاتت على رواية ابن القاسم فى الكذب، ولم تفت بالعيب، فله الرد بالعيب، وله أن يمسك، ثم يخير البائع بين حط الكذب وربحه، أو يأخذ قيمة سلعته ما لم تكن القيمة أقل من قيمة الصحيح أو أكثر من السقيم.

ويختلف: هل تقوم سالمة؛ لأن المشترى رضى بالعيب؟ قاله محمد.

---

(١) فى ط: الثمن.
(٢) فى أ: معينة.

وقال ابن سحنون: معيبة، ولا يعطى المشترى إلا قيمة ما أخذ.

المسألة السابعة:

كذب، وعيب، وغش: فإن فاتت لنماء أو نقص، فَعَلى القول بأن الكذب يسقط حكمًا كالعيب: يبتدأ بإسقاط الكذب وربحه، ثم تقوم السلعة صحيحة ثم معيبة، فيسقط ما نقصها العيب، ثم يبقى مقاله فى الغش، فله إعطاء القيمة من غير ربح ما لم يتجاوز الباقى.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا كذب فى المكيل أو الموزون فعلم المشترى بعد نقله، كان له غرم مثله إلا أن يحط البائع الكذب وربحه.

فرع: فى المقدمات: إذا اجتمع العيب والكذب، فخمسة أحوال:

الأولى: إذا لم تفت بوجه من الوجوه.

الثانية: الفوات بحوالة الأسواق، وقد تقدم حكمها.

الثالثة: الفوات بالبيع باعتبار العيب، وله المطالبة بالكذب.

الرابعة: الفوات بالعيوب، فله المطالبة بأيهما شاء، فيخير بين ردّها وما نقصها العيب، أو يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، وبين الرضا والمطالبة بحكم الكذب.

الخامسة: ذهاب عينها أو ما يقوم مقامه، فله أخذ قيمة العيب وما ينوبه من الربح، أو يطالب بالكذب، فعليه القيمة ما لم تكن أقل أو أكثر على ما تقدّم.

فرع: قال: فإن اجتمع العيب والغش، فخمسة أحوال:

الأولى: عدم الفوت مطلقًا، وقد تقدم حكمها.

الثانية: فواتها بالبيع، فليس له المطالبة إلا بالغش.

الثالثة: فواتها بحوالة الأسواق، وقلة الرد بالعيب؛ لأن الحوالة لا تفيته بخلاف البيع، أو يرضى ويطالب بالغش، فيدفع القيمة إن كانت أقل من الثمن.

الرابعة: فواتها بالعيوب المفسدة، فيخير بين أخذها، وردها وما نقصها العيب عنده، أو يمسك، ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، أو يرضى بالعيب، ويطالب بالغش.

الخامسة: فواتها بفوات العتق، أو ما يقوم مقامه، فيخير بين المطالبة بحكم العيب، فيحط قيمته وما ينوبه من الربح، أو يرضى ويطالب بحكم الغش، ويعطى

القيمة إن كانت أقل من الثمن.

فرع: قال: إن اجتمع الكذب والغش، فحالان:

إحداهما: عدم الفوات بوجه من الوجوه، فيخير بين الإمساك والرد.

الثانية: فواتها بحوالة سوق، أو نماء، أو نقصان، فالمطالبة بالغش أفضلُ له إن كانت القيمة أقل.

فرع: قال: إن اجتمع عيب، وكذب، وغش، فخمسة أحوال:

الأولى: عدم الفوات مطلقًا، وقد تقدم حكمها.

الثانية: فواتها بالبيع، فالمطالبة بالغش أفضل له من الكذب.

الثالثة: فواتها بحوالة الأسواق، فيخير بين الرد بالعيب؛ لأن الحوالة لا تُفيته، أو يرضى به ويطالب بحكم الغش، فيعطى القيمة إن كانت أقل من الثمن.

الرابعة: فواتها بالعيوب المفسدة، فيخير بين الرد ورد ما نقصها للعيب عنده، أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وربحه، أو يرضى ويطالب بحكم الغش، والمطالبة على ما تقدم أفضل له من الكذب، وإن لم يرد وكان الولد صغيرًا على التفرقة خير بين جمعهما فى ملك، أو يرد البيع.

الخامسة: فوات عينها، أو ما يقوم مقامه، فيخير بين الرجوع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح، أو يرضى به ويطالب بحكم الغش؛ لأنه أفضل له من الكذب.

فهذه الفروع كلها على مذهب ابن القاسم.

فرع: قال صاحب التنبيهات: الغش: كَتْمُ كلِّ ما لو عَلِمَهُ المبتاعُ كرهه؛ كطول بقائها عنده، وتغير السوق أو البَدَن، أو اشتراها نصرانى، أو كتم عيبًا بها، أو رَقَمَ عليها رسومًا ولم يبع عليها، أو نَظَر فيها، أو أدخَلها مع الجَلَب، أو الميراث، أو يبيعها مرابحة وهو لم يشترها، بل حملها أو وهبها.

والكذب: الزيادة فى الثمن، أو كتم ما أسقطه البائع عنه منه، أو تَجوَّز فى نقده عنه.

والفرق بينهما: أن فى الكذب للبائع إلزامه بالثمن الصحيح مع قيام السلعة؛ لأنه رضى بأكثر منه فيه أولا[1].

---

(١) فى أ: أولى.

فرع: قال: إذا اشترى سلعتين بثمنين فباعهما مرابحة وأجمل الثمنين، أجازهُ محمد؛ لأن ثمن الجملة أعلى فى العادة، بخلاف العكس.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتاع بفضة فأعطى ذهبًا أو طعامًا أو عرضًا أو عكس ذلك- فليبينه ويجعل الربح على المعقود عليه أو المنقود، ويقع الربح على الثياب لا على قيمتها؛ لأن القيمة مجهولة.

ومنع أشهب المرابحة فى [طعام أو](١) عرض؛ لأنه بيع ما ليس عندك إلى غير أجل السلم، ومن باع شيئًا ونقد خلافه ولم يبين، رد، إلا أن يرضاه المبتاع، وإن فات بتغير سوق أو بدن أو غيرهما، فالربح على المنقود دون المعقود عليه على الجزء الذى أربحه، وله التمسك بما عقد به البيع إن كان خيرًا له؛ لأن كِليهما ترتب على العقد.

قال اللخمى: إن باع على ما تقدم ولم يبين، أجازه مالك؛ لعدم الغش.

ومنعه ابن حبيب؛ لتعلق الغرض بالمعاوضة فى الثمن، فإن نقد طعامًا، فلْيبعْ على ما نقد؛ كالدراهم والدنانير.

وقال محمد: الطعام كالسلع، لا يبيع إلا على ما نقد.

قال: والصواب فى جميع هذه الأسئلة: إذا جاء المشترى مستفتيًا - أن يوكل إلى أمانته، فما علم أنه أخذ(٢) رغبة مع تمكنه من الثمن، جاز له البيع على ما [عقد ولا يبين؛ لأن المشترى مؤتمن على الثمن، وإن لم يكن ذلك رغبة من البائع، بل قصد المشترى بذلك الحطيطة](٣) لم يبع حتى يبين. وإن لم يكن المشترى مستفتيًا، بل ظهر عليه وادعى الرغبة من البائع - صُدق، وإن كان الثمن الأول عرضًا؛ لأنه لا يقبل الحطيطة. وإن كان أحد النقدين، وليس عادةُ البلد طلبَ الحطيطة صُدق أيضًا، وإلا لم يصدق.

وإن اشترى بفضة ونقد ذهبًا، ولم يتغير الصرف، أو تغير برخص، جاز البيع على ما نَقَد ولم يبين أو يغير بغلاء، لم يبع على واحد منهما حتى يبين، فإن باع بما

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: آخر.
(٣) سقط فى أ.

عقد، حط[١] من الثمن حصة ذلك النقد، وإن نقد عرضًا وبَاع على ما عقدَ وعلم أن فيه هضيمة، كان كالنقد، ويحط من الثمن الأول قدر ما استظهر به من ثمن الثانى[٢]، إلا أن يعلم أن فيه غبنًا؛ فلا يحط إلا المسامحة.

قال صاحب النكت: إنما جوز ابن القاسم المرابحة على العرض ولم يجعله من بيع ما ليس عندك؛ لأنهما لم يدخلا عليه.

وعن ابن القاسم: جواز البيع على ما نقد وإن لم يبين، بخلاف بيعه على ما عقد ولم يبين ما نقد؛ لأن الغالب الوضع فيما نقده، وسوى ابن حبيب فى الجواز.

وظاهر المدونة: مجمل، والذى تقدم أصوب.

وفى الكتاب: إذا اشترى بطعام ونقد العين، وإنما يصح إذا كان الطعام جزافًا، وإلا فهو بيع الطعام قبل قبضه.

قال صاحب التنبيهات: فى كتاب محمد: يجوز البيع على ما نقد ولم يبين، فى الدنانير والمكيل والعروض وغيرها، وعليه تأول فضل: المدونة.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب الثمن بعد النقد والافتراق، جاز البيع مرابحة؛ لأن ذلك ليس إسقاطًا، وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال (ح): لا بدّ أن يبيّن؛ لأنه موهم عدم المعاينة فى أصل العقد، فيكون أكثر بغبن فيه.

فرع: قال: إذا وهبها ثم ورثها، لا يبيعها مرابحة؛ لأنه ملك ثان بغير عوض، فإن ورث نصفها ثم اشترى نصفها، فلا يبع نصفها مرابحة حتى يبين؛ [لأنه إذا لم يبين][٣] الْتبس المبيع بالموروث، وإذا بين تعين المبيع.

قال صاحب النكت: فإن لم يبين وفات، مضى فى نصف[٤] المشترى البيع، والنصف الثانى مما ورث فيه: الأقل من قيمتها، أو ما يقع له من الثمن والربح، وللمشترى رد الجميع.

وإذا ابتاع رجلان عروضًا، ثم اقتسماها فباع أحدهما ما وقع له، ولم يبين فيما

---

(١) فى ط: حطه.
(٢) فى أ: الباقى.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: نصف النصف.

باع نصفه - فهو ملكه القديم فيمضى بنصف الثمن، وما يقابله من الربح، ونصف الآخر إنما أخذه عرضًا عن نصفه الذى صار لصاحبه؛ فكأنه اشترى عرضًا بعرض، فيرجع إلى من عقد على عين، ونقد عَرضًا فباع ولم يبين، فينظر ما هو خير للمشترى، على ما تقدم.

قال ابن يونس: اشترط فى الكتاب: الشراء بعد الميراث، فاحتج به ابن القابسى على التفرقة بين التقديم والتأخير، وسوى بينهما أبو بكر بن عبد الرحمن لحصول الكذب فى ثمن نصف الميراث. ولو قال: أبيعك النصف الذى اشتريت ولم يبين تقدمه ولا تأخره، اتجه قول ابن القابسى، ويلزمه إذا اشترى النصف: أن يبين؛ لأنه زاد فى النصف الأخير.

فرع: قال اللخمى: يختلف إذا أخذ عرضًا عن دين: هل يبيع مرابحة ولا يبين؛ قياسًا على ما إذا أخذ شقصًا عن دين حال؟

فقيل: يشفع بالدين، فعلى هذا ليس عليه أن يبين.

وقيل: بقيمة الدين، فعلى هذا: عليه البيان.

فرع: قال: إذا اشترى بعين فقال: اشتريت بعرض، وبنى على قيمته، وهى مثل الثمن فأقل - فلا مقال للمشترى، أو أكثر فمسألة كذب.

فإن باع على أن يأخذ المثل، فللمشترى الرد إلا أن يرضى البائع على أن يكون الربح على ما اشترى به، فإذا رضى، نظر إلى قيمة العرض: فإن كانت مثل الثمن فأكثر لزم المشترى؛ لأنه رده إلى مثل ما اشترى به، فهو أخف من العرض ونقله.

وإذا كانت قيمة العرض أقل، لم يلزمه الرضا بالثمن إلا أن يحط عنه الزائد.

وإن اشترى بعرض فقال: اشتريتُ بعين، والعين مثل قيمة العرض فأقل - لزم المشترى، أو أكثر عاد الجواب إلى ما تقدم، وكذلك إذا اشتريا عِدلًا فاقتسماه بالتراضى، ثم باع أحدهما نصيبه على ما اشترى به؛ لأنه نصف مَا صَار إليه عوضه لصاحبه، فللمشترى رد الجميع، إلا أن يكون نصف ما اشترى مثل نصف العين، فإن فات مضى بنصف الثمن، وضرب له الربح فى النصف الآخر على قيمة ما نقد، إلا أن يكون الذى باع به أقل.

وقال ابن حبيب: إذا تقَاومَا، فله بيعُ النصف على الثمن الأول، والنصف الآخر بما دفع فيه لشريكه. فإن كان أكثر من الثمن، ودفعه لدفع ضرر الشركة - لم يبع

حتى يبين، وإن كان لارتفاع السوق لم يُبين.

فرع: قال: إذا اشتراها ثلاثة فتقاوَوْها[1] فوقفت لاثنين، فاستوضع الثالث البائع دينارًا - فلهما رد السلعة عليه، إلا أن يعطيهما نصيبهما من الدينار.

فرع: فى الكتاب: لك بيع جزء من المكيل أو الموزون مرابحة إن كان متماثلًا، وقاله الأئمة. قال ابن يونس: يريد: وإن لم يبين، وكذلك بيع ما بقى منه، بخلاف مَا لا يكال ولا يوزن، لا يباع نصفه ولا بقيته حتى يبين، وقاله ابن حنبل.

وجوزه (ش) ؛ بناء على القيمة؛ قياسًا على الأخذ بالشفعة بالقيمة إذا باع ما فيه الشفعة، ولا شفعة فيه.

وجوابه: أن الشفعة لدفع الضرر؛ فاغتفر فيها ذلك، ولا ضرورة للبيع مرابحة.

فإن لم يبين فللمشترى الرد، فإن فات فالأقل من الثمن أو القيمة.

فرع: فى الكتاب: لا تَبع أحد ثوبين اشتريتهما بأعيانهما مرابحة، ولا تولية بحصته من غير تسميته، وإن استويا؛ لأن ثمن الجملة يخالف ثمن جزئها، فإن كانا من سلم جاز قبل القبض وبعده إذا اتفقت الصفقة، ولم يتجاوز عنه [فيها؛ إذ][2] لو استحق أحدهما لرجعت بمثله، والمعين يرجع بحصته من الثمن.

قال ابن يونس: قال ابن عبدوس: فإن لم يبين، فللمبتاع الرد؛ لأن الجملة يرغب فيها، فإن فاتت فالقيمة يوم القبض، ما لم ترد على الثمن الأول.

ومنع سحنون فى السلم وغيره؛ لتقارب الثمن فى الثوبين، وأجازه ابن نافع فى السلم وغيره.

فرع: فى الكتاب: يجوز جزء شائع مرابحة من عروض ابتعتها معينة، وكذلك الرقيق؛ لأنه بثمن معْلوم، بخلاف رأس بما يقع عليه من الثمن.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتاع نصف عبد بعشرة، وابتاع غيره نصفه بخمسة، ثم باعا مرابحة - فلكل واحد ما نقل، والربح بقدره؛ لأن الربح يتبع الثمن.

فإن باعا [مساومة فالثمن بينهما نصفان][3]، أو بوضيعة فالوضيعة بقدر رأس المال.

---

(١) فى ط: فتقاموها.

(٢) بياض فى أ.

(٣) فى ط: بينهما نصفًا.

قال ابن يونس: الربح بينهما نصفان؛ نظرًا لأصل الملك.

قال اللخمى: واختلافهما فى الثمن أحسن، إذا علم المشترى اختلاف الثمن، وإن لم يعلم تفاوتهما.

قال: وأرى إن كان شراؤهما فى زمن واحد والسوق على الثمن الأول، باعا من غير بيان، أو على الثمن الأكثر بَيِّنا، وإن كانا فى يومين[1] متفاوتين رخص عن قرب لم يبينا، وإن باعا بوضيعة مساومة اقتسما الثمن نصفين، وإن سَميا ثلاثمائة ووضعا مائة جزئ[2] الثمن على رءوس الأموال.

فرع: فى الكتاب: إذا بعت مرابحة ثم اشتريت بأقل أو أكثر - فلا تبع مرابحة إلا على الثمن الأخير؛ لأنه ملك حادث، وإن قلت: بعت على الثمن الأول؛ لأن البيع لم يتم.

قال صاحب النكت: إنما لم يجعل الإقالة بيعًا فى المرابحة إذا تقايلا بالحضرة قبل انعقاد الثمن والافتراق، أما إذا نقد وافترقا بيع حينئذ.

قال اللخمى: إذا استقال بأقل أو أكثر، جاز البيع على الثانى.

وقال ابن حبيب: لا يبيع إلا على الأول، استقال منه أو اشتراه، بأقل أو أكثر.

قال: والأول أظهر، إلا أن تكون عادتهم إظهار بيع حادث ليتوسلوا إلى البيع بأكثر من الأول، وإنما منع ذلك إن عادت إليه بأقل؛ بناء على أنه بقى منه ربحٌ على الأقل[3]: مثل أن يشترى بخمسة فيبيع بسبعة، ثم يشترى بعشرة.

فرع: فى الكتاب: إذا كنت استحططت بائعك، خير المشترى منك فى أخذها بجميع الثمن وردّها، إن كانت الحطيطة للبيع، وإلا فلا، إلا أن يحط عنه الحطيطة، وكذلك التولية.

وأما الاشتراك: فيخير على الحطيطة؛ لملاقاة الحطيطة لكما[4].

قال ابن يونس: إن فاتت المرابحة ولم يحط عن المشترى، فعليه قيمتها يوم العقد، وإن زادت على الثمن بوضيعة، ولا شىء له من الوضيعة، وإن كانت أنقصَ

(١) فى ط: سوقين.
(٢) فى ط: فضل.
(٣) فى ط: الأول.
(٤) فى ط: لهما.

رددت عليه ما نقص، إلا أن يكون أكثر من الوضيعة؛ فلا يزاد على الوضيعة.

قال اللخمى: قال عبد الملك: يحط الحطيطة عن المشترى مرابحة، وإن كره المشترى الأول.

فرع: فى الكتاب: إذا ثبت أن الثمن أكثر مما أخبر به، خير المشترى بين ردها والتزام الربح على ما يثبت، فإن فاتت بنماء أو نقص خير المشترى بين القيمة يومَ العقد إلا أن تكون أقل مما قاله؛ فلا ينقص منه، أو أكثر[1] فلا يزاد عليه.

قال ابن يونس: يصدق البائع مع يمينه إذا كان من الرقم ما يقتضى الزيادة.

وفى الجلاب: إن تراضيا على شىء جاز، وإلا فسخ البيع.

قال صاحب المنتقى: إذا لم تفت فإنهما بالخيار؛ لأن الضرر داخلٌ عليهما.

قال سحنون: يخير المشترى بين الردّ والحبس بجميع الثمن؛ لأن العقد له، فإن ردّ خير البائع بين الرد وبين حط الزائد وربحه.

والفرق بينه وبين العيب إذا حط البائعُ قيمته: أن السلعة تبقى[2] معيبة وهو لا يرضى بالعيب.

فرع: قال ابن يونس: إذا غلط فأعطاه غير ثوبه فقطعه، له رده، ولا شىء عليه فى القطع، بخلاف ما إذا قطعه ثم اطلع على كذب فى الثمن، فالقطع فوت.

والفرق: أن ثوب الكذب لو هلك قبل القبض، وثبت ذلك ببينة - ضمنه مبتاعه، ولو هلك ثوب الغلط فمن بائعه، ولأنه لم تجر فيه مبايعة، بل البائع مسلط والمرابحة بينهما حوالة الأسواق؛ فأولى القطع.

نظائر: قال العبدى: أربع مسائل يرجع الإنسان فيها فى عين ماله حالة قيامه دون فواته:

إذا أعطاه غير المبيع غلطًا، ومن أثاب من صدقة؛ ظنًّا منه أنه يلزمه، والأخذ من طعام الحرب[3] ثم يرده، والمشترى لرجل جارية ثم يقول: قامت على بدون ما قد قامت عليه به، ثم يظهر له الغلط. واختلف فى المرابحة إذا ظهر أن الثمن أكثر.

---

(١) زاد فى أ: من الأكثر.
(٢) فى أ: بيع.
(٣) فى أ: الحرث.

فرع: فى الكتاب: إذا اتهم البائع فى الثمن لم يبع مرابحة حتى يبين.

فرع: قال: إذا ابتعت من عبدك أو مكاتبك بغير محاباة فلتبع[1] مرابحة، وإن لم يبين؛ لأن العبد يملك، وكذلك فى شرائهما منك؛ لأن لهما وطء ملك اليمين.

وقال (ح)، وابن حنبل: إذا اشترى ممن لا تقبل شهادته له، لا يبع حتى يبين؛ للتهمة [فى الحطيطة، وخالفهما (ش).

فرع: إذا لبستَ الثوب أو ركبت الدابة فلتبين ذلك، بخلاف وطء الأمة][2]؛ لأنه لا ينقصها إلا أن تكون بكرًا، وهى ممن ينقصها الوطء.

قال غيره: ولا يبين خفيف الركوب أو اللباس الذى لا يغير.

قال ابن يونس: قال ابن عبدوس: إذا نقصها الافتضاض ولم يبين: فإن لم تفت وحط ما ينوب الافتضاض وربحه، فلا حجة له، وتفيتها حوالة الأسواق؛ لشبهها بالبيع، فإذا فاتت فأعطاه البائع ما نقصه الافتضاض وربحه، وإلا فله استرجاع الثمن، ويعطى قيمتها مفتضة يوم القبض ما لم تزد على الثمن الأول فلا يزاد، أو تنقص عما بعد الطرح فلا ينقص.

فرع: فى الكتاب: إذا زوجها لا يبع مرابحة ولا مساومة حتى يبين؛ لأنه عيب، فإن لم يبين خير المبتاع بين قبولها بجميع[3] الثمن أو ردها، ولا يلزمه قبولها بحطيطة العيب، ولا تفيت هذه حوالة الأسواق بذلك، ولا نقص خفيف ولا زيادة؛ لأن العيب لا يفوت بذلك، فإن فاتت بعتق أو كتابة، فحط البائع حصة البيع وربحه فلا حجة له.

قال ابن يونس: فإن أبى فله القيمة ما لم تنقص من الثمن - بعد إلغاء قيمة العيب وربحه - أو تزيد على الثمن.

وقيل: يجتمع فيها الكذب والتدليس بالعيب؛ لأنه لو ذكر العيب كانت مسألة كذب، فإن سكت كانت كذبا وتدليسًا.

وقال ابن عبدوس: مسألة عيب فقط؛ لأن الكذب هو العيب، فإذا أخذه بالكذب والعيب غرمه قيمة العيب مرتين.

---

(١) فى ط: فالبيع.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: لجميع.

قال ابن يونس: وأرى أنه كذب وعيب، لكن يخير بين الأخذ بأيهما شاء عند الفوت، أى ذلك أنفع له إذا اختلفت القيمة.

وإن تساوت أخذه بالعيب؛ لأنه الأصل فى الكذب.

اللفظ العاشر: الثمار فى رءوس النخل.

والنظر فى مقتضى الإطلاق والمستثنى من ذلك فى العرية ووضع الجوائحِ، فهذه ثلاثة أنظار:

النظر الأول: فى مقتضى الإطلاق: وفى (الجواهر): موجب الإطلاق بعد الزهو: استحقاق الإبقاء إلى أوان القِطاف، وقاله (ش).

وقال (ح): يتعين القطع عند العقد [ولو شرط التبقية امتنع؛][1] لأن مقتضى العقد فى سائر المبيعات: أن تحول.

ولأنه اشترط منفعة الأصول وهى مجهولة؛ فيكون العقد تناول مجهولا.

والجواب عن الأول: أن مقتضى العقد معارض بمقتضى العادة.

وعن الثانى: أن مثل هذا لا يقدح فى العقود؛ كما لو اشترى طعامًا كثيرًا، فإنه يؤخره للزمان الذى يحمل فيه مثله، وبيعُ الدار فيها الأمتعة تتأخر مدة التحويل منها وإن طالت على جارى العادة.

ولقوله عليه السلام: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»[2].

ومنعها إنما هو بالجائحة بعد البيع، وهو دليل التبقية.

ويجوز بيع الثمار قبل الزهو بشرط القطع، ويبطل بشرط التبقية؛ لنهيه - عليه السلام - فى الصحيحين «أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرةُ حَتَّى تُشْقِحَ، قِيلَ: وَمَا تُشقِحُ؟ قَالَ: تحْمَارُ وَتَصْفَارُ وَيُؤْكَلُ مِنْهَا»[3].

ولأنها معرضة للعاهات قبل ذلك فتندرج فى الغَرَر.

فائدة: قال صاحبُ (الإكمال): تشقح الثمرة: احمرارُها؛ لأن الشقحة: لون غير

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٤٦٥)، فى البيوع: باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠)، فى المساقاة: باب وضع الجوائح (١٥/ ١٥٥٥).

(٣) أخرجه البخارى (٢١٩٦)، ومسلم (٨٤/ ١٥٣٦) عن جابر بن عبدالله.

خالص للحمرة أو الصفرة، وتحمار وتصفار: للون المَائِل[١]، واحمر واصفر: [اللون المستقر][٢].

وروى: تشقه - بِسكون الشين المعجمة - والمعروف: التحريك مع الحاء - والهاء بدلا من الحاء، نحو: مَدَحَه ومدهه. وأزهى النخلُ يزهو: إذا احمر أو اصفر، وقيل: «يزهُو» خطأ، بل يزهى، وقيل: أزهى خطأ، بل زهى.

سؤال: لِمَ سألوه - عليه السلام -: حتى يُشقح، أو حتى يزهى - على اختلاف الروايات - مع أنها ألفاظ عَربية؟

جوابه: لعلها لغة قبيلة غيرهم، أو مستعارة لجنس[٣] الثمرة، فيسأل أى جنسها[٤] يريد، أو سألوه احتياطا للحكم.

فرع: قال: فإن وقع العقد عندنا عن شرط القطع والإلغاء، فظاهر الكتاب: الصحة؛ استقراء من قوله فى البيوع الفاسدة: إذا اشتراها قبل بُدُو الصلاح جاز البيع، وقاله (ح) ؛ حملا للإطلاق[٥] على العرف الشرعى، وقاله اللخمى، وابن محرز، وغيرُهما من المتأخرين.

وحكى التونسى، والشيخ أبو محمد، والبغداديون عن المذهب: البطلان، وقاله (ش) ؛ حملا للإطلاق على العُرف العادى، ولنهيه - عليه السلام - عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والنهى يقتضى الفساد، إلا ما دل الدليلُ على جوازه.

قال ابن يونس: بيعها على هذه الوجوه الثلاثة جائز؛ عملا بمفهوم الحديث.

فائدة: قال ابن يونس: ثمر النخل سبعة أقسام:

طلع ثم يتلقح الحب عنه ويبيض فهو غريض، ثم يخضر فَبَلَح، ثم تعلوه حمرة فزهو، ثم تصير الحمرة صفرة فبُسر، ثم تعلو الصفرة دكنة فينصَح[٦] فَرطَب، ثم ييبسُ فتمر.

---

(١) فى أ: الميال.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: لحس.
(٤) فى ط: حسنها.
(٥) فى أ: حلا للطلاق.
(٦) فى أ: مصح.

وإذا أزهى اشتد وصلب[١] جذره [وامتنع سقوطه وتسلط الآفات عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى قبل الإزهاء فتركه حتى أثمر أو][٢] أرطب فجذه، رد قيمة الرطب يوم جذه.

قال ابن يونس: يريد: وإن كان قائمًا رده. ولو فات والإبان قائم، وعلم وزنه أو كيله رد مثله؛ لأنه الأصل فى رد المتلفات.

قال ابن القاسم: يرد مكيلة الثمن إن جذه تمرا إن فات، وإلا رده بعينه، سواء تركه لِهرب، أو لدد، أو غيرهما حتى يرطب.

وقيل: إن تعدى الترك فسخ؛ لعدم القدر، ومتى جهلت المكيلة فالقيمة؛ لأنها فى المرتبة الثانية فى الغرامات.

فرع: قال: إذا اشترى نخلا فيها تمر مأبور، جاز شراؤها بعد ذلك؛ لأنها تغتذى من رطوبات نخل على ملكه، فلا جهالة فى المبيع، بخلاف نخل الغير، واختلف فيه قول مالك، وفى شراء مال العبد بعد الصفقة.

ولو اشترى الثمرة أو الزرع قبل بدو الصلاح على القطع، ثم اشترى الأصل أو الأرض - فله الإبقاء؛ لما تقدم، وإن اشتراها على الإبقاء، ثم اشترى الأصل، فالبيع الأول فاسد؛ لمقارنة الشرط المفسد، وإن اشترى الثمرة على الفساد، ثم ورث الأصل من البائع، فله الإبقاء؛ لانتقال الملك إليه. ولو اشتراها قبل الإبار أو الزرع على الإبقاء، ثم اشترى الأصل أو الأرض قبل الإبار - فسخ البيعان؛ لأنه كاستثناء البائع الثمرة قبل الإبار، ولو لم يفسخا حتى أزهت وقبضها المشترى مع الأصل، فقيمتها يوم قبض الأصل، ويرد الأصل؛ لأنه بيع فاسد، ولو اشترى الأصل بعد الإبار ردت الثمرة إلى ربها، وثبت بيع الأصل، ولو لم يفسخ البيع حتى أزهت فى شجر المشترى، فهى له، وعليه قيمتها يوم شراء الأصل على الرجاء والخوف؛ لأنه فوت فى بيع فاسد، ولو اشترى الأصل بعد زهو الثمرة فى الشجر أو بعده، فسخ بيع الثمر والزرع وإن اخضر، إلا أنه انكشف الغيب أنه على التبقية فى ملك الغير.

---

(١) فى ط: وصار.
(٢) سقط فى أ.

ولو ابتاع الأرض بزرعها فى صفقة واحدة، ثم استحقت الأرض قبل استحصاده- انفسخ البيعُ، [أو بعد][1] استحصاده تم البيعُ، وكذلك الثمرة؛ تنزيلا للملك الظاهر منزلة الملك الباطن، وكذلك الثمرة.

قال ابن حبيب: قال صاحب البيان: فى شراء مال العبد وتمر النخل بعد الصفقة أربعة أقوال:

الجواز؛ لأن النهى عن البيع قبل بدو الصلاح إنما جاء إذا بقيت الأصول، لابن القاسم.

والمنع لمالك؛ لظاهر النهى.

والتفرقة بين القرب فيجوز؛ لأنه فى حكم الوقوع مع العقد، وبين البعد فيمتنع.

وفرق أشهب بين ثمر النخل فيجوز مع القرب والبعد، ويمتنع مال العبد مطلقًا؛ لجهالته، فلا ينفرد.

قال يحيى: والقرب: نحو عشرين يومًا.

فرع: فى التلقين: يمتنع بيع الكتان والقرظ، واستثناء حبهما؛ لأنه مجهول.

فرع: قال صاحب البيان: إذا اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فضمانها من البائع؛ لأن قبض الأصل ليس قبضًا للثمرة، والبيع فاسد، فإذا جذها ضمنها وعليه مكيلتها رطبا، وإن لم تفت ردها، وفسخ البيع، فإن باعها بعد بدو صلاحها:

قال محمد: فوت، وعليه القيمة يوم البيع؛ لأنه يوم التفويت.

وعن مالك: يوم بدو الصلاح؛ لأنه فوت سابق.

وقيل: البيع ليس فوتا.

فرع: قال: إذا اشترى نصف ثمرة بعد بدو الصلاح:

قال مالك: ليس له بيعها حتى يستوفيها؛ لأن نصيبه لا يتعين إلا بالقيمة فأشبه الطعام قبل قبضه، ثم رجع للجواز؛ لأنه ضمن بالعقد.

فرع: قال: إذا اشترى نخلا فى حائط واختلف فى شربه، فإن وقع العقد بغير شرط، وهو يقدر على سقيه من غير ساقية البائع - فهل يكون السقى على البائع؛ لأنه تبع للنخل كالثمر الذى لم يؤبر؟ أو على المشترى؛ ككسوة العبد ومؤنته؟ قولان لمالك.

---

(١) سقط فى أ.

فإن لم يقدر على سقيه، فعلى البائع قولا واحدًا؛ لأنه ظاهر الحال، فإن تنازعا ولقول البائع وجه؛ كقدرة المشترى على السقى من غير ساقية البائع كالمعسه[١] على السقى، تحالفا وتفاسخا، فإن نكل أحدهما، صدق الحالف، وإن لم يكن للبائع وجه صُدق المشترى، قاله ابن لقاسم؛ لأن الأصل: إكمال الشرب.

فإن اختلف فى الاشتراط عند العقد [تحالفا وتفاسخا ان كان للبائع وجه، قاله ابن القاسم، وإلا صدق المبتاع.

وقال أصبغ:][٢] يتحالفان ويتفاسخان مطلقًا؛ لأن الأشبه - على المشهور - لا يراعى مع قيام المبيع.

ولو وهبه إلا عذق، صدق الواهب؛ لأن الأصل: بقاء ملكه فى الماء، والمعارضة قوية تستتبع بخلاف التبرع.

فرع: قال: إذا اشترى بعد الإزهاء واستقال منه عند اليبس منه - امتنع؛ لأنه أخذ تمرًا فى رطب، فإن باعه بديْن إلى أجل: فهل يجوز أن يأخذ بالدين تمرًا إذا يبس؟ ثلاثة أقوال:

لمالك: الجواز فى التفليس وغيره؛ لأنه لم يبيع طعام بطعام.

والمنع منها؛ حَذرًا من بيع الرطب بالتمر، [إلى أجل][٣] وإعطاؤه فى ذلك التمر تمر حائطه.

والفرق بين التفليس فيجوز لنفى التهمة، وغيره فيمتنع.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترى المكترى[٤] شجر الدار وهو تبع للكراء، ثم استحقت الدار إلا موضع الشجر - ردت الثمرة؛ لأنه ضمها إلى غير ملكه، وإن اشتراها قبل بدو صلاحها على الإبقاء فأبقاها حتى أثمرت، فضمانها من البائع ما دامت فى رءوس الشجر، وإن مكنه البائع من قبضها - عند ابن القاسم - لأنه بيع فاسد لم يقبض لبقائه فى أصول البائع.

---

(١) كذا فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: المكرى.

وعن ابن القاسم: ضمانها من المشترى؛ لأن الشجر تبع للدار، وإذا ردت للبائع فعليه السقئ والعلاج والجذاذ؛ لأن المشترى غير متبرع.

قال: وينبغى جريان الخلاف الذى فى قولهم: إذا اشترى آبقًا فجعل فيه جُعلا ثم انفسخ البيع: هل[١] يغرم الجُعل أم لا؟ لأنه إنما طلب لنفسه، أو هو غير متبرع، بل أنفق؛ بناء على تقدير ظهور بطلانه.

فرع: وعن ابن الكاتب: إذا اشترى الثمرة على البقاء فجذها قبل زهوها، عليه قيمتها يوم الجذاذ، بخلاف استهلاك الزرع قبل بدو الصلاح، عليه قيمته على الرجاء والخوف.

والفرق: أن رب الثمرة أذن فى التصرف.

ولأن البيع الفاسد يضمن بوضع اليد.

وقيل: عليه قيمة الثمرة على الرجاء والخوف؛ لأن البائع باعها على البقاء، فصار المشترى متعديا بالجِذاذ.

قال أبو الطاهر - فى نظائره -: وإذا اكترى دارًا وفيها شجرة، فإن كانت طابت، جاز شراؤها، قلت أو كثرت، أو لم تطب جاز بأربعة شروط:

أن تكون ثلث الكراء فأدنى، ويشترط جملتها، ويكون رُطبًا قبل انقضاء الأجل، ويكون القصدُ باشتِراطها: رفع المضرة فى التصرف.

قال ابن يونس: إذا لم [يكن بيعا][٢] واشترطها، فسدت الصفقة كلها، وان أزهت صحت، وفيها الجائحة ان كانت ثلث ما ينوب الثمرة من الثمن. وكراء الدار والأرض فى ذلك سواء.

فرع: فى الجواهر: إذا اشترى الثمرة قبل الزهو، والشجر فى صفقتين - فإن بدأ بالشجر صح، وله الإبقاء، إلا أنه منتفع بملك نفسه، ومنع المغيرة وغيره؛ سدًا للذريعة. ولو باع الشجر وحده ولم يشرط قطع الثمرة، صح؛ لأن المبيع هو الشجر، ولا محذور فيه.

فرع: قال: بدو الصلاح فى البعض كافٍ؛ لأن الغالب التقارب، وقاله الأئمة.

---

(١) فى أ: قيل.
(٢) فى أ: تكن تبعًا.

لكن بشرط اتحاد الجنس دون النوع والبستان، بل يبتاع بطيب البستان المجاور له؛ لأنه فى حكم الاتحاد لو هُد الجدار.

وقيل: يشترط اتحاد البستان، وقاله (ش) ؛ لأن اختلاف السقى والعلاج يوجب اختلاف الطيب وتعجيله.

وقال القاضى أبو الحسن: إذا بدا صلاح جنس من الثمار فى بستان منه نخلة، أو عذق فى نخلة - جاز بيع جميع بساتين البلد؛ لاشتراكِها[1] فى الهواء المنضج، إلا أن يكون ذلك باكورة؛ فلا يباع غيره بطيبه.

فائدة: العذق - بفتح العين المهملة، وسكون الدال المهملة -: العُرجون، وبكسر العين: النخلة، فالأعلى للأعلى، والأسفل للأسفل.

فرع: فى الجواهر: إذا كانت تطعم بطنين فى سنة، ففى جواز بيع الثانية بطيب الأولى قولان:

المشهور: المنع.

قال صاحب البيان: إذا لم يطب الشتوى حتى ينقضى الصيفى - لا يباع بطيبه اتفاقًا، إلا أن يكون يسيرًا تبعًا.

فقيل: يجوز.

ومنعه سحنون؛ لعدم الضرر فى تأخيره؛ لعدم اجتماع النخل فى السقى.

فلو أراد المشترى التفرد لنفسه، وشرط والتزم السقى - جاز؛ كالثمرة فى الدار.

قال ابن يونس: ثلاثمائة شجرة فيها شجرة شتوية، لا تباع مع الصيفى، وإن تأخر طيبه إلى إزهاء الشتوى.

فرع: قال صاحب البيان: إذا اشترى رطبا فادعى دفع الثمن بعد قبض الرطب - صدق الرطاب؛ لأن الأصل: عدم القبض. أو قبل القبض، فثلاثة أقوال:

يُصدق البائع، يصدق المشترى؛ لأن البائع مفرط بالدفع أولا؛ لأنه ائتمن المشترى، والأمين مصدق، والقولان لمالك، ويصدق المبتاع فيما العادة فيه قبض [الثمن][2] لابن القاسم؛ عملا بالعادة، وهذا فيما يباع فى الأسواق، وأما الكثير

---

(١) فى أ: لاشتراطها.

(٢) سقط فى أ.

فيصدق البائع إلا أن تطول المدة، وفيه خلاف.

فرع: قال: إذا اشترى حائطا غائبا بالعدد جاز؛ لأن العدد كالصفة، وكذلك إذا عاينه على الزرع.

وقيل: يمتنع كنخلات من حائط وأذرع من دار، وعلى الجواز: فالضمان من البائع على المشهور.

وقال ابن القاسم: على المبتاع.

فرع: قال المازرى: يجوز بيع المقاثى، والقصيل ونحوها مع الخلفة، خلافًا لـ (ش)، و (ح).

قاعدة: الغرر ثلاثة أقسام:

ما أجمع الناس على منعه: كالطير فى الهواء، والسمك فى الماء.

وما أجمع الناس على جوازه: كعطن الجبة وأساس الدار.

وما اختلف الناس فيه: هل يلحق بالأول أو الثانى؟ كبيع الغائب على الصفة، وهذه المسألة [فيها قولان](1):

الخلفة مجهولة وغرر؛ فيمتنع. ونحن نقول: هو غرر تدعو الضرورة إليه؛ لتعدد التمييز فى المقاثى، وحفظ المالية فى الجميع.

فإن اشترى الخلفة قبل أن تخلق بعقد منفرد، امتنع؛ للجهالة وعدم التبعية التى يغتفر فيها ما لا يغتفر فى الاستقلال، أو بعد العقد على أصلها وحدها، فقولان؛ نظرًا إلى إلحاق هذا العقد بما تقدم، أو هو منفرد: فيمتنع.

تمهيد: قال صاحب المنتقى: النبات المخلف ثلاثة أضرب:

لا تتصل بطونه: كالنخل، والورد، ونحوهما، فلا يباع بطن حتى يبدو صلاحه.

وضرب تتميز بطونه وتتصل: كالقصيل، والقصب والقرظ، فإطلاق العقد يقتضى الموجود فقط؛ لأنه العادة، فإن اشترط الخلف، ففى الجواز روايتان عن مالك؛ نظرًا إلى إسناده للجذة الأولى، واستقلالها بنفسها.

وعلى الجواز: يشترط أن تكون مأمونة من جهة السقى وغيره.

وهلى يجوز بيعه حتى يفنى؟

---

(1) فى ط: فيما يقولان.

منعه مالك؛ للغرر.

وقيل: يجوز؛ لأنه معلوم عادة.

والخضر كلها كالقرظ، وجوز ابن مسلمة بيع الموز سنين. وكرهه مالك.

الضرب الثالث: لا تتميز بطونه كالمقاثى، فيمتنع بيعه بطونًا معدودة؛ لعدم الانضباط، بل يرجع فى انتهائه إلى العادة إذا طلب البائع أرضه.

فرع: فى الكتاب: إنما يجوز اشتراط الخلف فى القصيل، والقرظ، والقصب - إذا بلغ الجذاذ للعلف، إن كانت مأمونة لا تخلف، ويجوز جذة وجذتان إذا لم يشترط تركه حتى يصير حبًا؛ لأن ذلك غير منضبط. وإن لم يشترط ولكن عليه الحب فى اشتراط الخلفة، قوم ما رعى بقدر تشاح الناس، ولا ينظر إلى غرر نبات أوله أو آخره، ويرد من الثمن بقدر القيمة، ولا يجوز بيعه قبل بلوغ الرعى والحصاد؛ لأنه بدو صلاحه، ولا يجوز شراؤه - حينئذ - بشرط التبقية حتى يتحبب [ويبقى][(١)]، أو يتركه شهرًا إلا أن يبدأ الآن فى فصله؛ فيتأخر شهرًا.

قال ابن يونس: جوز ابن حبيب اشتراط الخلفة فى بلد السقى دون بلد المطر، لعدم المؤنة.

وقال سحنون: إذا غلبه الحب فالقيمة يوم الصفقة على أن يقبض فى أوقاته.

فرع: قال ابن يونس: لو طلب الإقالة فامتنع فقال: لا يتركه حتى يصير زرعًا - أمر بفصله؛ لأنه ضرر على البائع، فإن أخره حتى صار حبًا فلا بيع بينهما؛ لأنه لم يبعه حبًا، وكذلك لو تحبب ولم يقض عليه.

وقيل: إنما يقع التقويم إذا غلبه فى الخلفة إذا جذ الرأس كله، وأما فى الدائر فلا؛ لأنه إن غلبه فى جملتها انتقض البيع بغير تقويم، أو فى جذة رجع من الثمن بقدره، وهو خلاف المذهب.

قال صاحب النكت: إنما يجوز اشتراط الخلفة إذا لم يجذ الرأس حتى اشترى الخلفة؛ لأنه غرر نافع، أما بعد الجذ فلا.

قال اللخمى: أجاز فى الكتاب بيع الخلفة ممن اشترى الرأس بعقد بانفراده، إذا كانت مأمونة. فمنع محمد فى صفقة واحدة، وجوز فى صفقة أخرى؛ لأنه يجوز

---

(١) سقط فى ط.

لضرورة، والضرورة لا تتعدى، ومنع من بيع ما يطعم شهرًا؛ لاختلافه فى القشر لكثرة الجذ وقلته.

قال: ويلزم على قوله منعُ بيع الجميع؛ لأنه يأتى عليه شهر، وعلى الجواز: يجوز فى الشهر، فإذا انقضى لم يكن له الصغير، فإن باع أول بطن، فله ما يقال: إنه من هذا البطن.

فرع: فى الكتاب: يمنع من بيع القصيل إذا صلح للرعى على أن يتركه حتى يتحبب، أو شهرا إلا أن يبدأ فى قصله ويتأخر شهرًا وهو دائم فيه، بخلاف التمر بعد طيبه؛ لأن الزرع يزداد ببقائه نباتًا، والتمر إنما تقوى حلاوته، وأيضًا فالزرع يبقى؛ فهو شراء معين إلى أجل، والجائحة فيه من البائع، وكذلك صوف الغنم يمتنع اشتراطه حتى يتناهى، ويجوز بيع بقل الزرع على رعيه مكانه، ويمتنع اشتراط بقائه حتى يصير قصيلا؛ لأنه يزيد نباته.

تنبيه: قال اللخمى: يجوز بيع الثمار قبل الصلاح بثلاثة شروط:

أن يكون منتفعا بها؛ لنهيه - عليه السلام - عن إضاعة المال[١].

وتدعو لذلك حاجة، وإلا فهو من باب إفساد الثمرة، وقطعها عن غايتها المطلوبة منها؛ فلا يجوز إلا لحاجة.

وألا يتمالأ عليه أكثر أهل البلد؛ لئلا يعظم الفساد فى ذلك.

فرع: قال: ويجوز بيع الثمار على التبقية إذا اشترط الضمان على البائع ولم ينقد، واختلف فى إطلاق العقد بعد بدو الصلاح هل هى على البقاء إلى اليبس، أو على القطع؟ قاله ابن حبيب؛ لأن الأصل فى المبيعات: التقابض إلا بشرط، أو كانت عادتهم التأخير، أو كان البيع فيها على الكيل بعد اليبس.

فرع: قال: ولا يجوز عيب ولا غيره من الزرع والفواكه حتى يبدو صلاحه، وصلاحُ الزرع أن ييبض عند مالك.

وقال غيره من العلماء: حتى يفرك.

لنا: نهيهُ - عليه السلام - عن بيع الزرع حتى يبيض ويأمَنَ من العاهات[٢]، فى

---

(١) أخرجه البخارى فى المصدر السابق (٥٩٧٥)، ومسلم (٣/ ١٣٤١) كتاب الأقضية: باب النهى عن كثرة المسائل بغير حاجة (١٢ - ٥٩٣).

(٢) أخرجه مسلم (٥٠/ ١٥٣٥).

مسلم، فإن بيع بعد الإفراك[1] واشترط المشترى أخذه يابسا:

قال مالك: إذا جذ ذلك وفات مضى.

وقال أيضًا: يفسخ وإن تبين.

وهذا الخلاف جارٍ سواء كان جزافًا أو كيلا، وكذلك الفول والحمص يباع أخضر قد امتلأ حبه.

قال ابن القاسم: لا يفسخ للخلاف فيه، وفسخه ابن عبد الحكم وإن تبين.

قال: وأرى إن كان السقى بالعيون فهو مأمون، يصح العقد، وكذلك الدوالى، وإن كان بالمطر وعدم الماء يضره، لم يصح.

قال محمد: صلاح الزيتون باسوداده، والفجل، واللفت، والبصل، والجزر، والثوم المغيبة فى الأرض - يباع إذا استوى ورقه ولم يكن فيه فساد، فإن كشف أو قلع ووجد شيء منه بخلاف ما رأى، رد بحسابه من الثمن.

وفى الجواهر: صلاح الثمار: طيبها، أو مبادئ الحلاوة.

النظر الثانى:

فيما استثنى من بيع الثمار، وهو العرايا: ويتجه النظر فى معنى لفظها، ووجه استثنائها، وحقيقتها، وقدرها، ومحلها، وكيفية بيعها، وسبب الرخصة فيها، فهذه سبعة أبحاث:

البحث الأول - فى معنى لفظها:

والعرايا: جمع عرية، وفيها سبعة أقوال:

قيل: من تعرى النخلة من ثمرها بالهبة.

وقيل: من عروت الرجل أعروه: إذا طلبت معروفه، وهى معروف، ومنه قوله - تعالى -: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦] وأصله: المكان المنكشف الفارغ؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ﴾ [الصافات:١٤٥] أى: بالمكان المنكشف الفارغ ومن منح ماله فقد فرغ ملكه منه.

قال المازرى: العرية: النخلة يعرى ثمرها للمحتاج.

(١) فى أ: الفراك.

وقيل: لأنها تعرى من المساومة عند البيع.

وقيل: من العارية؛ لأن النخلة ترجع بعد الانتفاع بها.

ويرد عليه: أن أصل العارية عَوَرِيّة[(١)]، تحركت الواو وانفتح ما قبلها؛ فقلبت ألفًا، فصارت «عارية»؛ من قولهم: عاورتُ فلانًا، أى: ناولته وناولنى، وفعلها: أعاره يعيره، والفعل من عرية الثمار: أعراه يعريه؛ فيمتنع أن يكونا من معنى واحد، مع أنه قد قيل: العارية من العار.

قال صاحب الإكمال: العرية - مشددة الياء - وهى فعلية، وفعيل، وفعيلة: تكون بمعنى فاعل، وبمعنى مفعول؛ كرحيم وعليم، بمعنى: راحم، وعالم، وقتيل، وجريح: بمعنى مجروح، ومقتول.

فالعرية: قيل: معناها من الطلب؛ فتكون مفعولة، أى: عطية.

وقيل: من عروتُ الرجل، أى: أتيته، فتكون مالية؛ لأنها على هذا فاعلة لخروجها عن ملك[(٢)] ربها وتعريه عنها؛ فتكون فاعلة: أى خارجة ومعرية لربها، أى: عريت من التحريم.

وقيل: معناها من الانفراد: عريت النخلة إذا أفردتها بالبيع أو الهبة.

وقيل: الثمرة إذا رطبت؛ لأن الناس يعرونها للالتقاط، فتكون مفعولة.

تمهيد: فى أسماء أنواع الإحسان فى اللغة:

العرية: هبة الثمار فى النخل والأشجار. والعارية تمليك المنافع.

والإفقار: إعارة الظهر من بعير أو غيره للركوب؛ مأخوذ من فقار الظهر، وهو عظام سلسلة الظهر.

والمنحة [والمنيحة][(٣)]: تمليك لبن الشاة مدة تكون عنده يحلبها.

والهبة: تمليك الأعيان؛ طلبا للوداد.

والصدقة: تمليك الأعيان؛ للثواب عند الله تعالى. والسكنى: هبة منافع الدار مدة معينة، وهو أحد [أنواع][(٤)] العارية.

---

(١) فى ط: عودته.
(٢) فى ط: مال.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى ط.

والعُمرى: تمليك منافع الدار عمرهُ. والرقبى: تمليك منافع الدار إلى أقربهما موتا، كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه.

والوصية: تمليك الأعيان أو المنافع بعد الموت.

والوقف والحبس: تمليك الموقوف عليه أن ينتفع بالأعيان، لا تمليك المنافع.

وفرق بين تمليك المنفعة وبين ملك أن ينتفع:

ففى الأول: له نقل الملك فى الانتفاع لغيره.

وفى الثانى: ليس له ذلك كالجلوس فى المساجد للصلاة، وفى الطرقات للمعاش، وليس له بيع ذلك، ولا تحجيره.

والنفح، والعطاء، والإحسان، والتمليك، والمعروف تعم هذه الأنواع الأحد عشر.

البحث الثانى - فى وجه استثنائها:

قال صاحب التنبيهات: هى مستثناة من أربعة أصول محرمة:

المزابنة، والطعام بالطعام إلى أجَل، وغير معلوم التماثل، والرجوع فى الهبة.

البحث الثالث - فى حقيقتها فى المذهب:

وفى الجواهر: قال القاضى أبو الوليد: هى هبة ثمرة نخلة أو نخلات من الحائط، قال القاضى أبو الوليد هذا على مذهب أشهب وابن حبيب دون ابن القاسم، بل معناها عند ابن القاسم: أن يعريه الثمرة على أن للمعرى ما يلزمها إلى بدو صلاحها، ولفظ الهبة - عنده - لا يقتضى هذا؛ لأنه يفرق بين الهبة والعرية فى السقى، والزكاة، فيجعلها على المعرى بخلاف الهبة، وغيره يخالفه على ما يأتى، إن شاء الله تعالى.

وفى الكتاب: تجوز عرية النخل والشجر قبل أن يكون فيها ثمر - عامًا، ومدة العُمُر.

قال اللخمى: يجوز فى قليل الشجر وكثيره، ما لم يكن الشجر لم يبلغ الإطعام؛ لأنه مكايسة؛ لأنه يعجل ليعطى فى المستقبل، فإن نزل وفات بالغمل فللعامل أجرة مثله فى العمل حال صغرها وإثمارها، والثمرة للمعطى إلا أن يعلم أنها تثمر تلك السنة، فيجوز. ويدخلان على أن الكلفة فى السقى وغيره على المعطى.

البحث الرابع - فى قدرها:

قال اللخمى: يجوز فى خمسة أوسق، ويمتنع الأكثر، واختلف فى الخمسة؛ لما فى الصحاح: «أَرْخَصَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فِى بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُق، أَوْ فِى خَمْسَة أَوْسُقٍ»(١). فورد الحديث بصيغة الشك من الراوى فى الخمسة.

قال: والمنع أحسن؛ لأنه الأصل فيها.

وفى الجواهر: المشهور: إباحة الخمسة اعتبارًا بنصاب الزكاة؛ بجامع المعروف، وبه نجيب عن اعتبار أحد الاحتمالين، مع أن الراوى شك فيما رواه.

ونقول: قوله: وأرخص فى العرايا فى الحديث الآخر، عام إلا ما خصه الدليل.

وعن (ش): قولان فى الخمسة، كقولى مالك.

فرع: فى الجواهر: إذا نقد المشترى أو البائع، جاز فى الزائد على الخمسة، وإن اتحد الشق الآخر، فإن اتحد أو تعددت الحوائط، وقد أعراه من كل حائط قدر العرية:

قال الشيخ أبو محمد: هى كالحائط الواحد؛ نظرًا لاتحاد المعرى، فيمتنع فى الزائد.

وقال اللخمى: يجوز أن يشترى من كل واحد خمسة أوسُق؛ لأن كل حائط يختص بضرورته.

وقال ابن الكاتب: إن كانت بلفظ واحد، فكالحائط الواحد؛ كبيع المتعددات بلفظ واحد، فإن العقد والحكم واحد، وإلا امتنع.

البحث الخامس - فى محلها:

وفى الجواهر: هو - على المشهور -: كل ما ييبس ويدخر من الثمار؛ لأن هذا الوصف ضابط معروف الزكاة، وهو وارد فى محل النص، فيغلب على الظن أنه

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٨٧) فى البيوع: باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة (٢١٩٠)، وفى (٥/ ٥٠) فى المساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل (٢٣٨٢)، ومسلم (٣/ ١١٧١) فى البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا (٧١/ ١٥٤١).

ضابط معروف العرية، وأناط الأصحاب به الحكم وجودًا وعدما، حتى منعوا البيع فيما لا يثمر من الرطب وما لا يتزبب من العنب.

وقيل: يقصر على النخل والعنب؛ لأنهما مورد النص اعتمادًا على أن الرخص لا يقاس عليها.

قال اللخمى: جوزها محمد فى المدخر وغيره؛ لأنها أبيحت للمعروف، أو لنفى الضرر عن رب الحائط بتكرر المعرى عليه، وهذا الوصف عام فيعم الحكم موارده، إلا أنه كرهه فيما لا يدخر، وأمضاه بالقبض.

وجوزها (ش) فى جملة الأشجار: كإبدال الدنانير بالدنانير؛ لعموم المعروف [فى ذلك الموارد](١).

وجوابه: ما فى بعض طرق الحديث: «أَرْخَصَ - عليه السلام - فى بَيْعِ العَرِيَّة يَأْكُلُهَا رُطَبًا»(٢).

وعن ابن عمر - رضى الله عنهما -: نهى - عليه السلام - عن المزابنة وأرخص فى العرايا: النخلة والنخلتين، يوهبان للرجل يبيعها بخرصها تمرًا(٣). فصرح بالرطب.

ولأنه عادة المدينة.

وله أن يجيب عن الأول: بأنى أثبت العموم بالقياس لا بالنص، كما عمم فى المدخر.

وعن الثانى: بمنع كونه حجة على أصله.

البحث السادس - فى كيفية بيعها:

وفى الكتاب: أرخص للمعرى أن يشترى الثمرة إذا أزهت بخرصها يابسًا إلى الجذاذ، فإن كانت أكثر من خمسة أوسق: امتنع بيعها بتمر نقدًا، وإلى أجل بطعام

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٣٨٧) فى البيوع: باب بيع التمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة (٢١٩١)، ومسلم (٣/ ١١٧٠) فى البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا (٦٧/ ١٥٤٠).

(٣) أخرجه البخارى (٤/ ٤٥٢) فى البيوع: باب تفسير العرايا (٢١٩٢)، ومسلم (٣/ ١١٦٧) فى البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالثمر إلا فى العرايا (٦٠/ ١٥٣٩).

يخالفها إلى أجل؛ لأنه بيع الطعام بالطعام بسببه، ويجوز له ولغيره شراء ما أزهى، وإن كثر بالعين والعرض نقدًا وإلى أجل؛ لعدم المحظور بالطعام المخالف لها نقدًا؛ لأن النَّساء فى الجنس وغيره حرام، ويتعجل جذاذها، فإن تفرقا فى الطعام قبل القبض والجذاذ، امتنع للنساء فى الطعام.

قال صاحب التنبيهات: يجوز شراؤها بخرصها بعشرة شروط:
أن يكون مشتريها معريها؛ لاختصاص الضرر به.
وأن تطيب حتى تؤمن الآفات.
والثمر ثمرة؛ لأنه مورد السنة.
وبخرصها؛ لأن العدول عنه يؤكد عدم التماثل.
ويتحد النوع؛ لأنه المقصود بالخرص، وحذرا من المكايسة.
وأن تكون إلى الجذاذ. فهذه الستة متفق عليها [عندنا][(١)].
وأن تكون باسم العرية؛ لأنه مورد السنة.
[وأن يكون خمسة أوسق فأقل.
وأن يشترى جملة ما أعرى ليلا؛ لنفى الضرر بعد ارتكاب الحظر][(٢)].
وأن يكون مما ييبس ويدخر، وهذه الأربعة مختلف فيها.

قال صاحب المقدمات: يشترط أن يكون التمر من نوعها وصنفها، ويستوى[(٣)] معريها ومن صار إليه تمر الحائط، وأن يكون باسم العرية - عند ابن القاسم.

قال صاحب المنتقى: إذا انتقلت العرية ببيع أو هبة أو ميراث، جاز لهم بيعُها كما كان ذلك لمن[(٤)] كانت له؛ لمشاركة اللاحق السابق فى الضرر.

قال صاحب الإكمال: وجوزه (ش) من الأجنبى، ويرد عليه قوله - عليه السلام-: «يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا تَمْرًا»[(٥)] فنبه على العلة، وأنها رفق أهلها.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: ويشترى.
(٤) فى ط: فإن.
(٥) تقدم.

وقد روى: «أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ بِالرُّطَبِ وَبِالتَّمْرِ» وجل الأحاديث لم يذكر فيها إلا التمر؛ فيحمل قوله: «رُطَبًا أَوْ تَمْرًا» على شك الراوى.

ووقع خارج مسلم: «بِخَرْصِهَا رُطَبًا» بغير شك، غير أنه انفرد به راويه[1].

وعن مالك: يجوز بخرصها وبغيره.

وعنه: لا يجوز بغيره؛ تقديمًا للقياس على الخبر، ولقوله - عليه السلام -: «العَائِدُ فِي الْهِبَةِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[2].

وعنه: عكسه؛ لأنهما رخصة فلا يُتَعَدى بها محلها.

قال الطرطوشى: ووافقنا (ش) على بيع العرية [فى الجملة][3] وخالفنا فى تأخير الثمن، وفى بيعها من الأجنبى.

وقال (ح): بيعها حرام، وإنما هو رجوع فى الهبة على أصله: أنه لا يجوز لكل أحد الرجوع فى هبته إلا الوالد، فهو يرجع فى هبته عنده.

وإعطاؤه تمرًا؛ تطييبا لقلبه.

وحمل الأحاديث على هذا أولى من حملها على مخالفة الأصول[4].

أو على أنه كان وقت إباحة الربا.

أو لأن خبر الواحد إذا خالف الأصول يترك للقياس.

أو يمتنع بالقياس على الحَب.

أو نقول: إذا امتنع على الأرض فعَلَى رءوس النخل أولى.

والجواب عن الأول: أن الخبر يدل على أنه بيع، لا فسخ للهبة من وجوه خمسة:

أحدها: قوله: «أرخص» والرجوع - عندكم - فى الهبة ليس رخصة.

---

(١) فى ط: رواية.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٤) فى الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته (٢٦٢١)، وفى الهبة: باب هبة الرجل لامرأته (٢٥٨٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤٠) فى الهبات: باب تحريم الرجوع فى الصدقة (٧/ ١٦٢٢).

(٣) سقط فى أ.

(٤) فى أ: الأحوال.

ولقوله: «نَهَى رسُولُ الله ﷺ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْر»[(١)] وإنما أرخص فى بيع العرايا، والمستثنى منه: بيع حقيقة، فكذلك المستثنى؛ لأن الأصل فى الاستثناء: أن يكون متصلا.

ولأن الرخصة تقتضى تقدم حظر، وإنما يتصور فى البيع لا فى [فسخ][(٢)] الهبة.

ولقوله - عليه السلام - «خرصا»، وفسخ الهبة لا يحتاج للخرص؛ بل يجوز التعويض بالقليل والكثير وبغير شىء.

وخامسها: لتخصيصه بخمسة أوسق، وفسخ الهبة لا يختص.

ولأن هذه المُعاوضة تفتقر لتراضيهما، وفسخ الهبة لا يحتاج لذلك.

وعن الثانى: أنهُ فسخ بمجرد الاحتمال فيمتنع، ثم أتى قوله: «نهى عن بيع[(٣)] التمر بالتمر، إلا أنه أرخص فى بيع العرايا»، ومقتضى الرخصة: تقدم الحظر.

ولأنه لو كان الربا مُباحا لما قدر بخمسة أوسق.

وعن الثالث: أن الخبر فى نفسه أصل فلا تترك الأصول ولا تفسخ بالقياس.

وعن الرابع: أنا نقول به فى الحبوب، وإنما يمتنع بيعها بالخرص حيث يتعذر الخرص.

وعن الخامس: أن بيعه على النخل لدرء ضرورة التكرر للحائط، وهى منفية إذا كان على الأرض.

واحتج (ش) على وجوب التعجيل بأن التأخير ينافى الطعام.

فرع: قال صاحب المنتقى: مَن له فى حائط نخلة، جوز ابن القاسم شراءها منه للمعروف.

فرع: قال: ولا تباع العرية بالبُسر ولا بالرطب، بل بنوعِها من التمر[(٤)].

فرع: قال صاحب النكت: جوز الشيخ أبو الحسن - إذا اشتراها بخرصها - أن يعطيه غير صنفها؛ لأنه معروف يشبه القرض، والقرض يجوز فيه ذلك.

---

(١) أخرجه البخارى (٢١٨٥)، ومسلم (٧٢/ ١٥٤٢) من حديث ابن عمر، وأخرجه البخارى (٢١٩١)، ومسلم (٦٧/ ١٥٤٠) من حديث سهل بن أبى حثمة، وقد تقدم.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى أ: ثم إن قوله يمنع بيع.

(٤) فى أ: الثمن.

فرع: قال اللخمى: يمتنع شراؤها بأدنى من نوعها؛ لأنه مكايسة [مناقض للمعروف الذى خولفت الأصول لأجله، فإن كان أحد(١) يقصد رفع الضرر، امتنع؛ لأنه مكايسة](٢) أو للمعروف جاز؛ لأنه معروف.

وإن باعها بخرصها قبل بدو الصلاح، نقض إن كانت قائمة، فإن فاتت بالجِذاذ وجهلت المكيلة فالقيمةُ، ومصيبتهما فى رءوس النخل من البائع؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع التمر حتى يزهو(٣)، على أصل ابن القاسم.

وعلى أصل أشهب فى عدم الجائحة فيها فى البيع الصحيح: يكون على المعرى قيمتها؛ لأنها فى أصوله وسقيه فهى كالمقبوضة.

فرع: قال: بيع العرية بغير جنسها من الطعام على ثلاثة أوجه:

إن بيعت قبل الطلوع، أو بعده وقبل التأبير، جاز نقدًا أو مؤجلا؛ لأنه يتحلل بذلك الرقاب، كانت سنة أو سنتين، وكذلك المؤبرة التى لا تراد للأكل، وهى عام واحدٌ، فإن أريدت للأكل امتنع - على قول ابن القاسم - إلا أن يجذ ويقبض الثمر بالحضرة؛ لأنه نسيئة فى الطعام.

وعلى قول أشهب: يجوز إذا قبض العوض وإن لم يجذ الثمرة، إن لم يؤخر؛ لبدو الصلاح وإن كانت سنين، وفيها الآن ثمرة(٤) مأبورة:

قال: أرى: أن تفرد هذه بعقد، وإن لم يبع الجميع فى عقد، وهذه يسيرة تبع [لها](٥) - جاز نقدًا ومؤجلا، بالجنس وغيره؛ لأنه يتحلل الرقاب، فإن بدا صلاحها- وهى عام واحد - امتنع تأخير العرض عن العقد، ويختلف فى تأخير الجذاذ:

منعه ابن القاسم؛ نفيًا للنَّساء فى الطعام، ويجوز - على أصل أشهب - لأنه لا يرى فيها جائحة، وسقيها عليه، فهى مضمونة من المشترى، وشراؤها بالنقدين والعروض نقدًا ومؤجلا، جائز [إذا لم يؤبر، كانت سنة أو سنتين، ويجوز فى

---

(١) فى ط: أحمد.
(٢) سقط فى أ.
(٣) أخرجه البخارى (٤/ ٤٦٥) فى البيوع: باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠) فى المساقاة: باب وضع الجوائح (١٥/ ١٥٥٥).
(٤) فى أ: قوة.
(٥) سقط فى ط.

المأبورة بشرط الجذاذ قبل صلاحها][1]؛ لأنه قادر على بيع الرقاب، فإن كانت أعوامًا جاز شراء الجملة، إذا شرط جذاذ هذه الثمرة.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا تطوع بتعجيل الخرص قبل الجذاذ، جاز؛ لأنه معروف.

قال ابن الكاتب: وعلى هذا لو مات المعرى قبل يبسها أخذ من تركته خَرصها؛ لأنه دين عليه، وعلى قول ابن القاسم: له إجباره قبل الأجل على القبض؛ لأنه جعله كطعام من قرض.

قال: والصواب: عدم الإجبار؛ لأنه بيع.

فرع: فى الكتاب: يمتنع بيعها بعجوة من صنفها من حائط آخر معين؛ لأنه كالسلم فى المعين، وإنما يجوز فى الذمة.

قال المازرى: فإن وقع، فقيل: يفسخ؛ للفساد.

وقيل: لا يفسخ، بل يفسخ التعيين، وتنتقل الثمرة للذمة إلى أجله؛ لأنه منشأ المفسدة.

فرع: قال المازرى: يجوز اشتراط ثمر أجود؛ لأنه أبلغ فى المعروف، وإن كان لدفع الضرر، فلا.

تمهيد: قال المازرى: العرية دائرة بين القرض - لأنها معروف - وبين البيع؛ لأنها معاوضة. ويتخرج على هذا بيع التمر الذى اشترى به العرية قبل قبضه، وبالجواز قال الشيخ أبو الحسن بن القابسى؛ لأن للمعرى أن يدفع عين المشترى فيما عليه؛ كما أن للمقترض دفع ما أخذ فيما عليه، بل المقترض ليس له دفع ما أخذ إذا تغير، والمعرى له دفع ما اشترى وإن تغير التمر؛ فهو أوسع من القرض.

وقيل: يمتنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

ويتخرج على هذا الأصل: جبر المعرى على قبض المعرى قبل الجذاذ، ووضع الجائحة فى العارية.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترى خمسة أوسق بخرصها، وبقية العرية بذهب - ففى الجواز قولان.

---

(١) سقط فى أ.

والصحيح: المنع؛ لأنها رخصة لا تجتمع مع غيرها؛ كالبيع مع المساقاة، ومع الإقالة من الطعام قبل قبضه مع بيع سلعة أخرى.

فرع: قال: قال أبو عمران: يمتنع شراؤها قبل طيبها إذا كانت سنين بالعين والعرض.

وقال غيره: إذا طالت السنون جاز.

[فعلى هذا: يدفع له العوض كل عام بخرص.

قال ابن شعبان: إن كانت حياة المعرى، جاز][1] شراؤها بالعين؛ للضرورة، وأما بالعرض فلا.

فرع: قال اللخمى: إذا اشتراها بخرصها فالزيادة عند الجذاذ والنقصان على البائع.

فرع: إذا أعرى جماعة، قال المازرى: إذا أعرى جماعة، أجاز مالك شراء جميعها من جميعهم، وإن فات كل واحد خمسة أوسق بعد أن توقف فيها. ويجوز شراء نصيب أحدهم وهو خمسة أوسق فأقل[2] على التعليل بالمعروف، أو دفع الضرر؛ لأنه قد يتضرر من أحدهم دون غيره.

وإذا أعرى جماعة واحدًا، فلهم شراء العرية منه؛ لقصد المعروف ودفع الضرر.

وأجاز ابن القاسم لأحدهم شراء ما أعراه على أصله فى التعليل بدفع الضرر، أو المعروف.

ومنع عبد الملك؛ لأن العلة - عنده - دفع الضرر وهو باقٍ.

البحث السابع: فى سبب الرخصة:

وفى الجواهر: فيه ثلاثة أقوال:

المعروف؛ ليحفظها له، ويحمل عنه الجذاذ.

ودفع الضرر عن المشترى بدخول البائع وخروجه.

وتوقع أذيته وكشفه للعيال فى البستان، وهو قول مالك وابن القاسم فى الكتاب.

وجوز عبد الملك لدفع الضرر دون المعروف؛ لأن الغَاية إنما هي بدفع الضرر - غالبًا.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: فما قل.

قاعدة: إذا ورد الشرع بحكم فى محل: فإن تعذرت معرفة حكمته فهو تعبد، وإن أمكنت من أوصاف مذكورة فى النص فهو تنقيحُ المناط، كحديث الأعرابى فى إفساد الصوم، ومن أوصاف غير مذكورة - كتحريم الخمر - فهو[١] تخريج المناط.

ثم إن وجدنا وصفا واحدا جعلناه كمال العلة، أو[٢] أوصافا كلها مناسبة جعلنا المجموع علة، إلا أن يومئ الشرع أو ينص على كل واحد منها بالاستقلال؛ فيكون كل واحد علة، فإن اجتمعت الأوصاف ترتب الحكم عليها، أو انفرد أحدها ترتب الحكم عليه.

وهذا هو الفرق بين العلة المركبة من أوصاف، وبين أوصافٍ كلٌ واحد منها علة.

وههنا: إنما [علة][٣] الشرع للضرر من جهة أنه السبب الذى كانت الجاهلية تشترى لأجله العرايا؛ فقرره الشرع، ويؤكده: رخصة المساقاة، والقراض، وأكل الميتة، وإساغة الغصة بالخمر، والقصر والفطر فى السفر - كلها لدفع الضرر.

وإيماؤه للنفع والمعروف بقوله من جهة القياس على القرض بجامع بذل عين فى مثلها، وجواز رد عين المأخوذ، فلا جرم اعتبر المشهور إحدى العلتين لا بعينها، اجتمعتا أو افترقتا؛ لدلالة الأدلة الشرعية على اعتبار كل واحدة منهما، ورجح عبد الملك مناطه بكثرة وجوه القياس والاعتبار.

قال فى الجواهر: ويتخرج على تحقيق العلة شراء بعض العرية، وشراؤها إذا كانت جملة الحائط وهى خمسة أوسق، وإذا أعرى جماعة عرية شراء حصته.

تنبيه: قال المازرى: ألزم الأشياخ مالكًا، وابن القاسم على التعليل بالمعروف: جواز شرائها لغير من أعراه؛ لقصد المعروف، كقول (ش).

قال: وليس بلازم؛ لأن المعروف يعتبر معه تقدم حق المشترى، والأجنبى لم يتقدم له حق.

فرع: قال: إذا أعرى ثم باع بقية ثمره من رجل، وأصل الحائط من آخر - جاز له شراء العرية على التعليل بالمعروف، ويمتنع على التعليل بالضرر.

---

(١) فى ط: وهو.
(٢) فى ط: و
(٣) سقط فى ط.

قال اللخمى: إذا باع الثمار دون الأصل، أو الأصل دون الثمار، أو الثمار من رجل والأصل من آخر - يُخرَّج على التعليل، ويجوز شراؤها لمن انتقلت إليه الثمرة؛ لصحة المعروف، ودفع الضرر منه وعنه، ويمتنع ممن انتقل إليه الأصل إلا على التعليل بالمعروف.

فرع: قال المازرى: وإذا مات المعرى والمعرى، قام ورثتهما مقامهما.

فرع: قال: مَن له نخلة فى حائط، أجاز مالك وابن القاسم شراءها منه بخرصها؛ لقصد [المعروف.

ومنعه فى الكتاب؛ لدفع الضرر لقوة الملك.

ومنعه غيرهما للمعروف لأخذ ملك، وليس][1] أصله معروفًا؛ ففارق العرية.

وأجازه غير واحد؛ للضرورة.

وعلى قول مالك هذا: يجوز شراؤها بخرصها ممن لم يعره وإن كان أجنبيًا؛ لقصد المعروف، ومن نفسه إذا باع المعرى عريته بعد الزهو أو وهبها، جاز لمعريه شراؤها بخرصها ممن صارت إليه؛ كمن وهبها سكنًا، فإنه[2] يجوز للمسكن شراؤها عن المشترى أو الموهوب له، كما له شراؤها منه، ويمتنع بيعه لها من غيره.

فرع: فى الكتاب[3]: زكاةُ العرية وسقيها على رب الحائط، وإن لم تبلغ نصابا إلا مع بقية الحائط أعراه شائعا أو معينا، أو جميع الحائط؛ لأن لفظ «العرية» يقتضى ذلك.

ولو تصدق بثمرة حائطه فالزكاة عليه، ولا يحاسب بها المساكين؛ لأن إعطاءه الثمرة ظاهر فى تخليصها للمعطى له من الحقوق المتعلقة بها، بخلاف الهبة، كانت معينة أم لا؛ لأنها ليست معروفا يناسب الحمل. والأصل: وجوب الزكاة على المالك أو الموهوب له ملك، ولا يجوز شراء الهبة بخرصها، بل بالعين أو العرض.

قال ابن القاسم: قال أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة.

قال اللخمى: فى ذلك أربعة أقوال:

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: كمن وهبه لسكناه حياته.

(٣) سقط فى أ.

قال ابن حبيب: سقى الهبة وزكاتها على الواهب كالعرية، ويجوز شراؤها بخرصها؛ لأن العرية هبة.

وقال محمد: سقى العرية على المعرى؛ لأنه وهب ما هو مراح العلل، وزكاتها على المعرى؛ لأنه مالك.

قال: [والصحيح: أن الزكاة والسقى على المعطى؛ لأنه ملك، كما قاله أصحاب مالك.

قال][1] صاحب المقدمات: الفرق بين العرايا والهبات: أن العرية يقصد بها المواساة بالثمن لا نفس المعرى؛ فلا تجب للمعرى إلا بالطيب، فإن قبضها قبل ذلك وجب عليه سقيها وزكاتها، والهبة يقصد بها عين الموهوب له؛ فخرجت عن ملك الواهب ووجبت للموهوب له بالقبض.

فإن سماها هبة، حملها ابن القاسم على الهبة حتى يتبين قصد العرية، وعكس ابن حبيب؛ نظرًا للغالب فى هذا الباب.

وفى الجواهر: سبب الخلاف فى الزكاة: أن متولى القيام: المخاطب بالزكاة؛ لأنه لما وليها مَع نخله فكأنه التزم ذلك فيه.

وقيل: لأن اللفظ يقتضى ذلك؛ فيتخرج على ذلك: مَا إذا كانت العرية جملة الحائط.

فرع: قال: صاحب المقدمات: وبما تجب العرية للمعرى؟ أربعة أقوال:

القبض؛ كالهبة للآثار، كقول أشهب فى الحبس.

وعن ابن القاسم: بالطيب، أو بقبض الأصول وإن لم يكن فيها تمر، فى المدونة بناء على أنه يقصد بها عين المعرى؛ لأنه[2] من المواساة من حيث الجملة.

فرع: قال ابن يونس: قال محمد: إذا باع التمر بعد جواز بيعه، فالسقى على البائع؛ لأنه باع تمرًا مزاح العلل، وكذلك بيع الأصل فيه تمر مأبور للبائع.

قال المخزومى: على المشترى؛ لأن السقى أصل النخل.

وقال سحنون: إذا كانت العرية أو الهبة بيد المعطى يسقى ذلك، فالزكاة عليه، أو

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: قال.

بيد المعرى أو الموهوب يقوم عليها، فالزكاة عليه؛ لكمال ملكه بالحوز.

فرع: قال: من أعرى خمسة أوسق فأجيح الحائط إلا ذلك القدر:

قال أبو الفرج: ذلك للمعرى؛ لأنه التزم له ذلك الكيل.

فرع: في الكتاب: منحُ لبن الأنعام أعواما لازم، يمتنع الرجوع فيه، وكذلك الإخدام والإسكان، والعرية؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ويجوز شراء الجميع بالعين والعرض والطعام، نقدًا ومؤجلا، ويجوز شراء سكنى دار لسكنى دار أخرى، وخدمة عبد بخدمة عبد؛ لأنه باب معروف، وإذا مات المعرى قبل أن يطلع في النخل شيء أو يحوز المعرَى عريته، أو فيها تمر لم يطب لكنه لم يجذ، أو قبل حوز المنحة أو السكنى أو الإخدام - بطل جميع ذلك، وهو للورثة؛ لقول الصديق - رضي الله عنه - لعائشة - رضى الله عنها - لما وهبها جاد عشرين وسقًا من تمر: لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث. حين حضرته الوفاة، فكان ذلك عامًّا في سائر التبرعات.

قال صاحب التنبيهات: قال ابن حبيب: لابد من حوز الرقاب ويطلع فيها تمر، وحمل بعضهم الكتاب عليه.

وقال أشهب: حوز أحد الأمرين كاف: إما الرقاب أو طلوع التمر، وحمل أبو عمران الكتاب عليه.

قال صاحب النكت: قال بعض الأندلسيين: قول ابن القاسم في شراء المنحة بالطعام ضعيف؛ لأنه بيع اللبن بالطعام غير يد بيد، بخلاف[1] الشاة اللبون، المراد: رقبتها.

وقال بعض الأندلسيين: بل رقبة الشاة ممنوعة منه، فشراؤه تخليص للرقبة، وشراء هذه الأمور ليس رجوعًا في الهبة المنهي عنه؛ لأن النهي خاص بهبة الأصول، وأما المنافع والغلات فلا؛ لإباحته - عليه السلام - شراء العرية.

النظر الثالث: في وضع الجوائح:

وهي من الجوح.

قال صاحب الصحاح: الجوح - بسكون الواو -: الاستئصال. جُحت الشيء أجُوحُه.

---

(١) في أ: مخالف.

والجائحة: هى الشدة التى تجتاح المال من فتنة أو غيرها، ويقال: جاحته الجائحة وأجاحته بمعنى، وكذلك جاحه الله وأجاحه واجتاحه إذا أهلكه بالجائحة.

وفيه ثلاثة فصول: فى حقيقتها، وقدرها، ومحلها.

الفصل الأول - فى حقيقتها المرادة فى الثمار:

ففى الجواهر: قال ابن القاسم: هى ما لا يستطاع دفعه إن علم به؛ فلا يكون السارق جائحة على هذا.

وجعله فى الكتاب جائحة.

وقال مطرف، وعبد الملك: هى الآفة السماوية، كالمطر وإفساد الشجر دون صنع الآدمى؛ فلا يكون الجيش جائحة.

وفى الكتاب: الجائحة الموضوعة: كالجراد، والنار، والريح، والبرد، والغرق، والطير الغالب، والدود، وعفن الثمرة، والسموم.

قال اللخمى: قال ابن شعبان: الريح ليس بجائحة.

قال: وأرى: إن أصابها[1] ذلك، له الرد بالعيب، أو يتمسك ولا شىء له، وكذلك السموم وإن لم يسقط منه شىء، وإن أفسد الثلث وأعاب الباقى، كان له الرجوع بالهالك، ويخير فى الباقى، وكذلك الغبار.

واختلف إذا أسقطها الريح ولم تتلف:

قال ابن شعبان: جائحة.

وقال عبد الملك: ليس بجائحة؛ لبقاء عين الثمرة.

وقيل: يخير، كالعيب.

واختلف فى الماء يباع يسقى به مدة معينة، فينقص عن ذلك:

قيل: من البائع، قليله وكثيره؛ لأن السقى مشترى.

وقيل: إن كان أقل من الثلث، لم يحط عنه شىء لأن الماء المحصور يتوقع المشترى نقصه، كما يتوقع نقص الثمرة.

قال ابن يونس: لو مات دود الحرير كله، أو أكثره والورق لا يراد له - الأشبه أنه جائحة، كمن اكترى فندقًا فخلا البلد؛ لتعذر قبض المنفعة.

---

(١) فى أ: عابها.

قال: وكذلك - عندى - لو انجلى أهل الثمرة عنهما، ولم يجد المشترى من يبيعه.

الفصل الثانى - فى قدرها:

وفى الجواهر: لا تحديد فيها إن كانت بسبب العطش، بل توضع مطلقًا؛ لأن السقى مشترى، والأصل: الرجوع بالمشترى أو أجزائه إذا لم تقبض، كانت تشرب من العين أو من السماء.

ومن غير العطش: يسقط منها الثلث فما فوق دون ما دونه.

وقال (ح): لا توضع الجائحة مطلقًا، وقاله (ش).

وقال أيضًا: يوضع القليل والكثير.

احتجا بما فى الموطأ: قالت عائشة - رضى الله عنها -: «ابتاع رجل ثمرة فنقصت عليه، فسأل البائع أن يضعَ عنه، فحلف البائع: ألا يضع، فذهبت أم المشترى إليه - عليه السلام - فقال: «تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا، فسمع رب الحائط، فقال: يا رسول الله، هو له[1].

وجه الدليل: أنه - عليه السلام - لم يلزمه ذلك.

وبقوله عليه السلام: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟[2]».

فأثبت المال له مع ذهاب الثمرة؛ فدل أنها لا توضع الجائحة. والقياس على سائر العيوب الحادثة بعد القبض فى غير صورة النزاع.

أو بالقياس على العطش. ومحل الأخبار الواردة بوضع الجوائح أنها أصابتها قبل القبض؛ جمعًا بينها وبين القواعد.

والجواب عن الأول: أنه لم يقل أن النقص بالجائحة المذهبة للثلث، فلعله حوالة سوق، أو جائحة دون الثلث، ولم يتعرض اللفظ لشىء من ذلك؛ فسقط الاستدلال.

وعن الثانى: أنه حجة عليكم؛ لأنه جعل المال لأخيه دونه بسبب الجائحة، ثم

---

(١) أخرجه مالك (٦٢١/١) (١٥) مرسلًا عن عمرة بنت عبد الرحمن، ووصله البخارى (٢٧٠٥)، ومسلم (١٥٥٧/١٩) عن عائشة.

(٢) تقدم.

إنه معارض(١) بما فى مسلم: قال - عليه السلام -: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ تَمْرًا ثُمَّ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يحلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، إِنَّمَا تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ»(٢) وفى الأحكام لعبد الحق من رواية ابن حبيب: قال - عليه السلام -: «إِذَا أُصِيبَ ثُلُثُ الثَّمَرَةِ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ الْوَضِيعَةُ»(٣).

وعن الثالث: الفرق: بأن الثمرة بقى فيها حق توفية من السقى واستحقاق البقاء إلى اليبس؛ فلم يقبض.

وعن الرابع الفرق: بأن المشترى دخل على سقوط بعض الثمرة بالريح وغيره، بخلاف العطش.

وعن الخامس: أن قبض الثمرة إنما يتحقق بجذ الثمرة ويبسها، وأما قبل ذلك: ففيها حق توفية البقاء، فحمل الأحاديث على ما قبل القبض موافق لما قلناه؛ فلا يرد علينا.

وأقوى ما لهم: ما فى مسلم فى الذى اشترى ثمرة فأصيبت، فقال - عليه السلام -: [«تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ، ثُمَّ قَال](٤) لغرمائه: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»(٥).

وجوابه: أنها قضية عين؛ فيحتمل أنه اشتراها بعد اليبس، ونحن نقول به.

ويقال: إن هذا الرجل معاذ بن جبل.

ويتأكد مذهبنا: بأن المشترى دخل فى العادة على سقوط الثمار بعفن أو ريح أو طير، وما دخل عليه لا يسقط عنه، ويتأكد الانتقال إلى ما هو أكثر منه، والثلث معتبر فى صور الوصية وغيرها؛ فيعتبر ههنا.

ولأنه لا يصدق فى العادة أن ثمرة فلان أجيحت إلا إذا ذهب منها ما له بال.

قال اللخمى: وليس كذلك البقول؛ لأن العادة: سلامتها، فيوضع الجميع وإن قل.

---

(١) فى ط: معرض.

(٢) تقدم.

(٣) الحديث من رواية ابن حزم، وبعدما ذكر عبد الحق حديثًا آخر بعده من رواية ابن حبيب - أيضًا - قال: وأحاديث عبد الملك هذه لا يصح منها شيء. ثم بين ذلك.

(٤) سقط فى أ.

(٥) أخرجه مسلم (١٨/١٥٥٦) عن أبى سعيد الخدرى.

قال: وتعليلهم الثلث: بأن المشترى دخل على السقوط - يلزم عليه أن يسقط مقاله فيما يهلك غالبًا، كان ربُعا أو ثلثا أو غيره، ويسقط عنه الزائد عليه، فإذا كانت العادة الربع وهلك الثلث، سقط عنه نصف السدس، ويلزم أن يفرق بين ما شأنه السقوط: كالزيتون والتمر، وما ليس كذلك: كالرمان.

فرع: فى الكتاب: توضع جائحة البقول وإن قلت؛ لأن العادة: سلامة الجميع.

وعن مالك: لا يوضع إلا ما وَصَل الثلث؛ قياسًا على الثمار.

وفى الجَلاب: لا يوضع شىء؛ قياسًا على العُروض.

وقال ابن القاسم: ما جازت مساقاته للضرورة وغيرها - فكالتمر والموز - لا تجوز مساقاته، ولا توضع جائحته[(١)] حتى تبلغ الثلث.

قال: ولا وجه لمراعاة الثلث؛ لندرة ما يذهب، ولا ملاحظة المساقاة؛ لأنهما يختلفان، وإن كان المشترى يسقيها فى خلال ذلك: سقط عنه قدر ذلك؛ لأن إزاحة علة السقى على البائع.

فرع: قال صاحب النكت: فى تعجيل التقويم فيما بقى [من][(٢)] بطون المقتات، أو يتأخر إلى آخر البطون، قولان:

أصحهما: التأخير؛ لتوقع زيادة الجائحة، أو يقال: الأصل: السلامة.

فرع: قال اللخمى: إذا اشترط عدم الجائحة أو السقى:

قال مالك: الشرط فى الجائحة باطل.

وعنه: البيع فاسد؛ لأنه على خلاف مقتضى العقد.

وقال ابن شهاب: يجوز الشرط والبيع؛ لأنه حق اشترطه كاستثناء ركوب الدابة.

قال: وأرى أن يكون البائع مخيرًا بين إسقاط الشرط، وتكون الوضيعة منه، أو يرد البيع ويكون له بعد الفوت الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأن سبب الأمرين وجد[(٣)]، وأما [وجه][(٤)] اشتراط السقى: فهل تكون الجائحة من البائع؛ لأن للأصول تأثيرًا فى الضمان مع الماء، أو من المشترى؛ لأن الماء هو الأصل،

---

(١) فى ط: جائحة.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وجه.
(٤) سقط فى ط.

والشجر كالمعين له إلى الثمرة، وقد سقط بالشرط؟

فرع: فى الجواهر: إذا زادت الجائحة على الثلث، فأصابت معظم الثمرة - لزمت للمبتاع بقيمتها، بخلاف استحقاق معظم الصبرة، أو طعام على الكيل قبل بذر معظمه قبل الكيل: فإنه لا يلزم المبتاع.

والفرق: أن الجوائح معتادة، والاستحقاق غير معتاد لم يُدخل عليه.

فرع: قال: قيل: لا يسقط من المستثنى شىء، وإن أجيح معظم الثمرة على الخلاف: هل المستثنى مبيع أو مبقى؟

نظائر: قال أبو عمران: الثلث فى حيز الكثير فى ثلاث مسائل، كلها: آفات الجائحة، وحمل العاقلة، والمعاقلة بين الرجل والمرأة.

وفى حيز القلة فى ست مسائل: الوصية، وهبة[1] المرأة ذات الزوج إذا لم ترد الضرر، فإن أرادت الضرر: فقيل: يجوز، وقيل: يمتنع ولو بدرهم. واستثناء ثلث الصبرة إذا بيعت، وكذلك الثمار والكباش[2] والسيف إذا كان ثلث وزنه حلية يجوز بيعه بجنس الحلية، وقيل: ثلث قيمته.

قال العبدى: وكذلك الطعام إذا استحق منه، أو نقص فى الشراء - عند أشهب، والأرطال إذا استثناهامن الشاة، والدالية تكون فى دار الكراء، وتوقف فى ذلك مرة؛ فتصير مسائل القلة تسعة.

فرع: فى الكتاب: ما كان بطونا كالمقاثى، والورد، والياسمين، أو بطنا لكنه لا يخرص ولا يدخر ولا يحبس أوله على آخره: كالتين، والتفاح، والرمان، والخوخ، والموز، فأجيح من النبات الثلث - حط من الثمن قدر قيمته فى زمانه، كانت أقل من الثلث أو أكثر، وإن أجيح أقل من الثلث، لم يوضع وإن زادت القيمة على الثلث.

وراعى أشهب القيمة، فما بلغ ثلث القيمة وضع؛ لأن القيمة هى المالية التى تتعلق بها الأغراض.

والمشهور: يراعى ظاهر لفظ الحديث؛ فإن هبةَ الثلث وبيع الثلث إنما يتناول

---

(١) فى أ: وثلث.

(٢) فى ط: الكيراش.

العين دون القيمة إجماعًا. وكذلك الجائحة.

وما كان بطنا واحدا ولا يتفاوت طيبه، ولا يحبس أوله على آخره - فثلث النبات بثلث الثمن من غير تقويم؛ إذ التقويم حيث تتفاوت أزمنته، أو تتعدد أنواعه، وما ييس ويترك حتى يجذ جميعه، كان يخرص أم لا: كالنخل، والعنب والزيتون، واللوز، والفستُق، والجوز ونحوها - فلا يتقوم أيضًا، وللمبتاع تعجيل الجذاذ وتأخيره حتى ييبس.

وإذا كان فى الحائط أصناف من التمر - برنى، وصيحانى ونحوهما - فأجيح أحدهما، وهو ثلث - كيل الجميع ووضع من الثمن قيمته؛ لاختلاف قيم الأصناف.

وأصل هذا: أن ما يُترك أوله ولا يتجدد لا يكون فيه فساد، فكالنخل، وما يتعذر ترك أوله على آخره فهو كالمقاثى، وكذلك كراء الأرض سنين فتعطش منه سنة، والسنون مختلفة القيمة:

قال ابن يونس: مذهب أشهب: القيمة يوم العقد.

قال محمد: وأما الأنواع من النخل، والعنب فى الحائط وقيمة النوع المجاح لو لم يُجح: ثلث قيمة [الجميع، وأجيح ثلثه يوضع ثلث ذلك من قيمة][1] باقيه من الثمن، وإن كان أقل من ثلث ثمرته أو قيمة جميعه لا تصل ثلث قيمة الصفقة، لم يوضع؛ لقول ابن القاسم فى من اكترى دارًا فيها ثمرة فاشترطها وهى أكثر من الثلث فأجيح ثلثها: وضع جميع ما ينوب المجاح من قيمة الثمرة والكراء، وإن أجيح منها أقل من ثلث الثمرة أو كانت الثمرة كلها أقل من الثلث، لا جائحة فيها.

قال اللخمى: الجنس الذى لا ييبس كالمقتات، يقوم أول الإبان من آخره، وما ييبس فثلث النبات بثلث القيمة إلا أن يختلف الأول والآخر؛ فيقوم كل بطن وحده من غير مراعاة الأسواق، وإن كان التمر يراد تعجيل بعضه ليباع رطبا اعتبر اختلاف أوله وآخره.

وعن مالك: إذا كان الحائط عنبًا ورمانًا وغيرهما، وقد طاب وحل بيعه، وقد جمعتها الصفقة - لا يضم بعضها لبعض فى الجائحة، بل إن هلك ثلث كل نوع،

(١) سقط فى أ.

اعتبر، وإلا فلا يضر؛ لاختلاف الأنواع.

وقال أصبغ: بل يعتبر ثلث الجميع، وإن كانت حوائط لاتحاد الصفقة.

الفصل الثالث: فى محل الجائحة

قال صاحب المنتقى: توضع الجائحة فى كل ما يحتاج للبقاء: كالعنب، والبطيخ، والفول، والياسمين، والجلبان، والبقول، والبصل والجوز، والقصيل.

قال اللخمى: بيع الثمار بعد الإزهاء فيها الجائحة، احتاجت إلى السقى أم لا؛ لأنها تتأخر لتصير ثمرًا، ففيها حق توفية؛ لأن ذلك مبيع لم يُقبض، فيكون الضمان من البائع.

فإن لم تبق حالة ينتقل إليها بل يستكمل جفافها لئلا تفسد إن جُذت، فهل الجائحة من البائع لما بقي[1] أو من المشترى لكمال العين المبيعة؟ خلاف.

فإن تم الجفاف ولم يبق إلا الجذاذ وهو على المشترى أو على البائع، وهى محبوسة بالثمن - فخلاف؛ لبقاء الجذاذ على البائع، أو للحبس فى الثمن فهو غير ممكن من الثمرة.

أو نقول: هى كالرهن، ضمانها من المالك.

والعنب إن أجيح قبل استكمال عنبته، فَمِنَ البائع، وإن استكمل وكان بقاؤُه ليأخذ على قدر حاجته لئلا يفسد عليه، بخلاف إن كانت العادة بقاءه لمثل ذلك، وإلا فمِن المشترى.

وكذلك الزيتون إنْ أُصيب قبل أن يكمل زيتُه، فمن البائع.

فرع: فى الكتاب: لا توضع الجائحة فى قصب السكر؛ لأنه يمتنع بيعُه قبل طيبه، وليس ببطون، وهو قبل طيبه كالتمر قبل زهوه، وإذا بدت حلاوته فهو زمان قطعه.

قال ابن يونس: فيه ثلاثة أقوال:

ما تقدم.

وقال سحنون: هو كالبقول، والزعفران، والريحان - توضع وإن قلت؛ لأنه بقل كالجزر والبصل.

---

(١) زاد فى ط: من البائع.

وقيل: توضع إذا بلغت الثلث؛ كالتمر.

قال: وهو القياس؛ لأنه يحتاج إلى السقى، ويجمع شيئًا فشيئًا، وتكمل حلاوته كالثمار، قاله ابن حبيب.

قال اللخمى: وهو الصحيح، إلا أن يكون لا يزيد حلاوة، وإنما يؤخر ليجمع شيئًا فشيئًا، فكالبقول، وإن كان بقاؤه لشغل المشترى عنه، فمصيبتُه منه.

فرع: قال صاحب النكت: الفرق بين اشتراط المشترى: ما أزهى من الثمار لا جائحة فيه، كان تبعًا للأصل أم لا، وبين المكترى يشترط ثمرة الدار فيها الجائحة، إن كانت غير تبع للكراء، وقد طابت حين العقد - أن الثمرة متولدة من الشجر فيبيعُها، بخلاف الكراء.

فرع: فى الكتاب: إذا ابتاع قطنية خضراء على أن يقطعها خضراء، توضع فيها الجائحة إذا بلغت الثلث، ولا يجوز اشتراط تأخيرها لليبس.

قال ابن يونس: فلو فعل كانت من البائع؛ لأنه بيع فاسد لم يقبض، وكذلك الثمار، وإن كانت الجائحة أقل من الثلث؛ لأن الثلث مختص بالبيع الصحيح فى المزهى من الثمار وَبلَحها؛ لأن البَلَح، والبُسر، ونحوهما إنما يُجَذ شيئًا شيئًا لئلا يفسد.

فرع: قال اللخمى: إذا اشترى عرية بخرصها:

قال ابن القاسم: توضع الجائحة؛ لأنه مشتر، ومنع أشهب؛ لأنه اشترى ما لا سَقْى فيه على البائع.

فرع: قال: إذا تزوجت بثمرة:

قال ابن القاسم: المصيبة منها؛ لأنه باب مُحاسَنة.

وقال عبد الملك: من الزوج، ولأنه بائع.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: الجائحة فى ورق التوت الذى يباع ليجمع أخضر لدود الحرير، كجائحة البلح: الثلث فصاعدا، وليس كالبقل؛ لأنه من الشجر كالثمار.

وعن ابن القاسم: كالبقل، توضع وإن قلت؛ لشبهه بالبقل.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى حين الزهو، وأجيح بعد إمْكان الجذاذ - فلا جائحة فيه؛ لانتفاء جائحة البقاء، والتفريط من المالك.

فرع: فى الكتاب: لا جائحة فِيمَا يُباع بأصله، ولا فيمَا اشتَرَطه المبتاع من مأبور الثمار لقبض المبيع بجملته، ولم يبق على البائع حق من سقى ولا غيره.

فرع: قال: إذا اشترى قبل بدو الصلاح على القطع من حينه، فأجيح، وضعت الجائحة.

قال اللخمى: قال سحنون: معناه: يجذه شيئًا بعد شىء، ولو دعاه البائع لأخذه مرة، لم يجب؛ لئلا يفسد.

ومعنى قوله: يجذه من حينه، أى: يجذ بعضَه.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى نخلا مأبورة، فله شراء تمرها قبل الزهو، ولا جائحة فيها؛ لعدم تعلقها بالبائع.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا شترى الثمرة وقد طابت، ثم اشترى فيها الجائحة لوجوبها قبل شراء الأصل.

وعن ابن القاسم: إن اشترى الأصل، ثم الثمرة: إن كانت غير مزهية فلا جائحة، وإلا ففيها الجائحة؛ لأن السقى باق على البائع.

قال اللخمى: قال أصبغ: إن أجيحَت وقد طابَت وهى عظيمة، ففيها الجائحة؛ لأنها تشبه الثمار، أو لا قَدْر لها، فهى تبع لا جائحة فيها.

فرع: قال اللخمى: إذا اشترى عشرة أوسقٍ من حائط فأجيح بعضُه - بدئ من الباقى بالمبيع من غير جائحة؛ لوجوب ذلك على البائع بالعَقد، فإن كانا مشتريَين بدئ بالأول، فإن فضل شىء فللثانى؛ لتقرر حق الأول قبل الثانى.

فرع: قال: فإن باع حائطا جزافا واستثنى منه مكيلة الثلث فأُجيح - بدئ بالبائع؛ لأن المستثنى كالمشترى وتختص الجائحة بما بقى، فإن كانت ثلث الباقى سقط، وإلا فلا.

وقيل: تقسم الجائِحة على البائع والمشترى؛ لأن كل واحد منهما بائع لصاحبه، فإن كان الحائط ثلاثين وسقًا، واستثنى عشرة، وأجيح تسعة - كان حصة المبيع ستة دون الثلث؛ فلا يرجع بشىء. وإن أجيح عشرة، كانت الحصة سبعة إلا ثلثا، وهو ثُلث المبيع؛ فيسقط.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا اشترى نصف حائطه أو ثلثه، فالجائحةُ عليهمَا إن كانت أقل من الثلث، ولا يرجع من الثمن بشىء، وإن أجيح الثلث سقط

ثلث الثمن، أو النصف فنصفه؛ لأنهما شريكان، بخلاف الصبرة الجائحة عليها قلت أو كثرت؛ لأن الجوائح من سنة الثمار.

فإن باع الحائط بعد يبسه واستثنى كيل الثلث فأقل، فأجيحَت:

قال ابن حبيب: لا يوضع من الثمن شيء؛ كالصبرة.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى أرضًا ثلثها سواد فأدنى واشترطه، جاز ذلك، فإن أثمر وأجيح كله فلا جائحة فيه؛ لأنه كان تبعًا، فإن لم يكن تبعًا واشترط ثمرته ولم يزه، فَسَد العَقد كله، وإن أزهى صحَّ؛ لِجواز بيع الثمرة حينئذ، فإن أجيح قسم الكراء على الثمرة والأرض، فإن كانت الثمرة ثلث حصة الثمرة وضع ثلث حصتها من الثمن.

القسم الخامس من الكتاب: فى تأجيل العقد، وهو السلم

وفى التنبيهات: سمى سَلَما؛ لتسليم الثمن دون عوضه، ولذلك سمى سلفا، ومنه: الصحابة سلفُ صالح؛ لتقدمهم.

قال سند: ويقال: سلف، وسلم، وأسلم.

وأصله: الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فعموم قوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وخصوص قوله - تعالى -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فالأمر بكتابته فرع مشروعيته.

ولقول ابن عباس: هو السلم.

وأما السنة: فما فى مسلم: قدم - عليه السلام - المدينة، وهو يُسلِفُون فى الثمار السنتين والثلاث، فقال - عليه السلام -: «مَن أَسْلَفَ فِى شَىْءٍ فَفِى كَيْلٍ مَعْلُوم، وَوَزْنٍ مَعْلُوم، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(١): «وَنَهَى - عليه السلام - عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»(٢) وأرخص فى السلَم.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/٤٢٨) فى السلم: باب السلم فى كيل معلوم (٢٢٣٩)، وفى (٤/٤٢٩) فى باب السلم فى وزن معلوم (٢٢٤٠)، (٢٢٤١)، ومسلم (٣/١٢٢٧) فى المساقاة: باب السلم (١٢٧/١٦٠٤).

(٢) أخرجه مالك - بلاغًا - فى الموطأ (٢/٦٤١) (٤٤)، ووصله مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة (٤٠/١٥٢٨).

وأجمعت الأمة على جوازه من حيث الجملة.

ولأن الثمن يجوز تأخيره فى الذمة؛ فيجوز المثمَن قياسًا عليه، ولأن الناس يحتاجون لأخذ ما ينفقونه على ثمارهم قبل طيبها؛ فيباح لهم البيعَ، ولِتَنميةِ أموالهم بِشراء ما يتأخرُ؛ فيباح لهم الشراء.

قاعدة: [تقرر](١) فى أصول الفقه أن المصالح الشرعية ثلاثة أقسام:

ضرورية: كنفقة الإنسان.

وحاجية: كنفقة الزوجات.

وتمامِية: كنفقة الأقارب.

والرتبة الأولى مقدمة على الثانية، والثانية على الثالثة عند التعارض، وكذلك دفع الضرر عن النفوس، والمشقة مصلحة ولو أفضت إلى مخالفة القواعد، وذلك ضرورى مؤثر فى الرخص، كالبلَد الذى يتعذر فيه العدول.

قال ابن أبى زيد فى النوادر: تقبل شهادة أمثلِهم؛ لأنها ضرورة، وكذلك يلزم فى القضاة وسائر ولاة الأمور، وحاجية فى الأوصياء على الخلاف فى عدم اشتراط العدالة؛ فإن التولية على الأيتام فى الأموال والأبضاع إنما تحسن لمن لم تثبت أمانته على خلاف القواعد. وتمامية فى السلم والمساقاةِ وبيع الغائب، فى أن فى منعها: مشقة على الناس، وهى من تمام معاشهم.

وهذا القسم مشتمل على بابين: الباب الأول: فى السلم.

والباب الثانى فى القَرض(٢).

* * *

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: العوض.

الباب الأول

فى السلم

وفيه ثلاثة أنظار:

النظر الأول - فى شروطه:

وهى أربعة عشر شرطًا:

الشرط الأول - تسليم جميع رأس المال، «لِنهيه - عليه السلام - عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»(١).

قاعدة: مقصود صاحب الشرع: صلاحُ ذات البين، وحسمُ مادة الفتن حتى بالغ فى ذلك بقوله: «لَنْ تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ حَتَّى تَحَابُّوا»(٢) وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سببًا لكثرة الخصومات والعداوات؛ فمَنع الشرع ما يفضى لذلك من بيع الديْن بالديْن، وفيه - أيضًا - زيادة حذر لوقوعه فى الثمن والمثمن معا.

فائدة: الكالئ: من «الكلاءة»(٣) وهى الحراسة والحفظ، فهو اسم فاعل، إما للبائع أو المشترى؛ لأن كليهما يحفظ صاحبه ويراقبه(٤)؛ لما لَه عنده؛ فيكون معناه: نهى عن بيع مال الكالئ بمال الكالئ؛ لأن الرجلين لا يباع أحدهما بالآخر، فتعين الحذف، فإما للاثنين؛ لأن كليهما يحفظ الآخر عن الضياع عند التفليس وغيره، ويستغنى عن الحذف؛ لقبولهما للبيع(٥)، أو يكون اسم الفاعل بمعنى اسم المفعول: كالماء الدافق، بمعنى: المدفوق، مَجازًا، ويستغنى عن الحذف أيضًا، وعلى التقادير الثلاثة: فهو مَجاز؛ لأنه إطلاق باعتبار ما سيكون، فإن النهى وارد [قبل الوقوع](٦).

---

(١) أخرجه البيهقى - سنن (٥/ ٢٩٠) كتاب البيوع: باب ما جاء فى النهى عن بيع الدين بالدين، وذكره الهندى فى كنز العمال (٩٦٠٦) وزاد نسبته إلى الحاكم.

(٢) أخرجه مسلم (٩٣/ ٥٤) عن أبى هريرة.

(٣) فى أ: الكلالة.

(٤) فى أ: يوافيه.

(٥) فى ط: المبيع.

(٦) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذت نصف الثمن، بطل الجميع، وإن كان رأس المال حيوانًا أو طعامًا بعينه، فتأخر نحو الشهر بشرط - فسد البيعُ؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه، أو لهرب أحدهمَا نفذ مع كراهة.

قال سند: إذا هَربَ الدافع رفع الآخر أمره للحاكم، فسلم له، أو الآخذ سلمه الحاكم.

قال ابن حبيب: إن مَاطله حتى حل الأجل، خُير البائع بين الرضا والفسخ؛ لعدم انتفاعه بالثمن فى الأجل، وهى حكمة السلم.

قال اللخمى: اختلف فى اشتراط تأخير اليسير من الثمن، المدة البعيدة: هل يفسد الجميع إلا بقدر[(١)] ما يتأخر أم لا؟ وإذا كان أجل السلم ثلاثة أيام، امتنع التأخير، وإن أجزناه فى غير هذا؛ لأنه دين بدين، وإذا تأخر نحو النصف، قيل: يمضى[(٢)] المعجل، وقيل: إن سمى لكل قفيز ثمنًا، صح المعجل، وإلا فسد الجميع كالصرف، [وفيه - أيضًا - زيادة غرر فى الثمن والمثمن معًا][(٣)].

فرع: فى الكتاب: إذا كان الثمن عرضا، فأحرقه رجل فى يدك: فإن كان البائع تركه وديعة فى يديك فقد قبضه، فهو منه، ويتبع الجانى، وكذلك إن لم يقبضه، وإلا فمنك وانفسخ السلم؛ لبطلان الثمن، فإن كان حيوانًا أو دارًا: اتبع الجانى، والسلم ثابت؛ لعدم التهمة فى فسخ السلم.

قال سند: وعن ابن القاسم: إذا لم تُقم البينة فيما يغاب عليه يفوت السلم، وعلى المشترى قيمتُه؛ لأن الأصل بقاء العقد، وإذا قلنا بالفسخ قال التونسى: فذلك بعد تحليف المسلم على التلف؛ لاتهامه فى الكتمان، فإن نكل لزمته القيمةُ.

قال صاحب (النكت): إذا أحرقه رجل امتنعت شهادة [المشترى][(٤)] إن كان معه ما لا[(٥)] يتهم به فى الحوالة عليه، وإلا جازت شهادته.

قال أبو الطاهر: فى شهادته أقوال، ثالثها: إن كان معْسرًا[(٦)] ردت، وإلا فلا،

(١) فى أ: لا يقدر.
(٢) فى أ: بمعنى.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: معدمًا لأنه.
(٦) فى أ: مقرًا.

وأصلها: تبين(١) التهمة وعدمها.

فرع: فى الكتاب: إذا وجد رأس المال زُيوفًا، أو رصاصًا بعد شهر فلَه البدل، إلا أن يعملا على ذلك، فتتعين ثلاثة أيام؛ لأن ذلك يجوز تأخير رأس مال السلم إليه.

قال المازرى: إذا وجد من رأس المال درهما زائفًا، انتقض من السلم بقدره كالصرف، فإن رضى به صح كالصرف، وقد يجرى الخلاف الذى فى الصرف ههنا، ولو تراضيا بتأخير البدل مدة طويلة امتنع.

قال ابن يونس: ينتقض السلم كله، وقيل: ينتقض بقدر الزائف.

قال: ويحتمل ألا ينتقض شىء؛ لصحة العقد أولا.

قال المازرى: فإن عثر عليهما بقرب يومين فسخ(٢) الباقى، وامتنع البدل، أو بعد الطول فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ينفسخ العقد كله كأنهما عقدا على تأخير رأس مال السلم. وقيل: ينتقض بقدر الزائف؛ لأنه محل الفساد، وقيل: لا يفسد من السلم شىء؛ لبعد التهمة. ويلاحظ ههنا الرد بالعيب هل هو نقض للعقد أم لا؟ فيكون عقدًا ثانيًا، فيمضى الأول؟

قال أشهب: إن بقى من أجل السلم نحو اليومين [جاز اشتراط تأخير البدل المدة البعيدة، ويصير الذى يقبض بعد اليومين](٣) هو رأس المال لمدة بعيدة ما لم يكن رأس المال وديعة عند البائع، وادعى تلفه(٤)، والمسلم فيه طعام: يفسخ العقد - عند ابن القاسم - للتهمة فى التأخير، وخير محمد المسلم إليه فى الفسخ وأخذ قيمة التالف، وتصدق فى أنك ما دفعت إلا جيدًا؛ لأن الأصل: عدم الغرم إلا أن يكون أخذها ليرها فيصدق مع يمينه.

فرع: قال اللخمى: إذا ظهر الثمن معيبًا وهو معين، انتقض السلم، لبطلان الثمن، فإن لم يكن معنيا، فعلى القول بإجازة السلم الحال فى الموصوف: يرجع بمثله، وإذا انتقض السلم بعد قبض المسلم فيه وحوالة سوقه، أو تغيره، أو خروجه

---

(١) فى أ: بين.
(٢) فى أ: صح.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: إتلافه.

عن اليد وهو غير مثلى: رد مثله يوم قبضه؛ لأن اليد مضمنة للحديث، أو مثليا: أخذه إن كان بيده؛ لأن المثلى لا يفوت بحوالة الأسواق، أو مثله إن لم يوجد. وعلى قول ابن وهب: إن حوالة الأسواق تُفيته فى البيع الفاسد - يأخذ القيمة.

فرع: فى الكتاب: يمتنع أن تُوكّل غريمك فى سلَم؛ خشيةَ أن يعطيك من عنده، فيكون دينًا بدين، حتى تقبض الدين ثم تدفعه له.

قال سند: وحيث منعنا، فأتى بالمسلم فيه، لزمه أخذه ودفع الدين، إلا أن يشهد على أن العقد للموكل حالة الوكالة، فإن تأخر العقد عن الوكالة، منع؛ للتهمة فى أنه أخره لمنفعة المسلم، فإن وكله قبل أجل الدين، وثبت أنه أسلم، لم يضر التأخير عن حالة الوكالة، إلا أن يتأخر عن حالة الحلول، ولو وكله على البيع، نفذ البيع، وكرهه ابن القاسم، إلا أن يكونا حاضرين.

قال أبو الطاهر: إن كان الموكل غائبًا امتنع، أو حاضرًا البلد والعَقد، أو البلد(1) دون العقد - فالجواز فى الكتاب ؛ لأنه شراء نقدا، ومنع سحنون؛ حماية للذريعة البعيدة.

فرع: فى (الجلاب): يجوز تأخير الثمن إذا شَرَع فى أخذ المثمن، كالسلم فى الخبز والفواكه؛ تنزيلًا لقبض البعض منزلة قبض الكل، فليس دينًا بدين. نظيره: قبض أوائل المنافع المأخوذة فى الديون، وكذلك جملة الإجارت.

فرع: قال المازرى: يجوز أن يكون رأس المال جزافًا، خلافًا لـ (ش) و (ح) ؛ لأنه يجوز بيعه فَجاز ثمنًا قياسًا على المقدر.

والجواب عن قياسهما على القرض والقراض، وعن توقع عدَم حصول المسلم فيه؛ فيتعذر معرفة ما يرجع به: أن القراض والقرض يرد فيهما المثل، وهو متعذر فى الجزاف، والمردود فى السلم غيره، وهو مضبوط بالصفة، والغالب: الوفاء بالمسلم فيه.

وفى (الجواهر): منع عبد الوهاب الجزاف.

فرع: وفى (الجواهر): ولا يشترط قبض رأس المال فى المجلس، ولا يفسد العقد بتأخيره بالشرط اليوم واليومين والثلاث؛ لأن الثلاثة مستثناة من المحرم فى

(1) فى ط: لذلك العقد أو لذلك.

الهجرة والمهاجرة بالإقامة فى مكة(١) ثلاثة أيام، ومنع الإحداد لغير ذات الزوج، وقيل بفساد السلم، إذا افترقا قَبلَ القبض كالصرف، وقاله (ش)، و (ح).

ومنشأ الخلاف: هل يسمى هذا التأخير ديْنا أم لا؟ وأن ما قارب الشىء هل يعطى حكمه أم لا؟ والزائد على الثلاث - بالشرط - مفسد للعقد، وبغير شرط، ففى الفساد قولان فى العين، ولا يفسد بتأخير العوض؛ لتعذر كونه دينًا؛ إذ الدين ما تعلق بالذمة، والمعين ليس فى الذمة، لكن يكره إذا كان مما يغاب عليه لشبه كالطعام والثوب.

قال بعض المتأخرين: إنما يتصور هذا إذا كان الطعام لم يكتل، والثوب غائب عن المجلس، وإلا تبقَى الكراهة؛ لعدم بقاء حق التوفية، كما أجازوا أخذ سلعة حاضرة من دين، يتركها مشتريها اختيارًا مع التمكن من قبضها، ويستوى فى فساد العقد تأخير الكل أو البعض.

فرع: فى الكتاب: يجوز الثمن تبرًا ونقارًا وذهبا جزافا لا يعلم وزنه، كالسلعة. ويمنع دراهم ودنانير مجهولة الوزن معروفة العدد؛ لأنها مخاطرة، ولأنها لا تباع جزافًا.

قال أشهب: منع عبد الوهاب الجزاف مطلقًا؛ لئلا ينفسخ السلم فلا يعلم ما يرجع به، وابن القاسم يمنع تطرق الفسخ؛ لأن عنده إذا خرج الإبانُ صبر لعام آخر، ويلزم القاضى منعُ الحولين ونحوهما مما لا تضبطه الصفة، ووافق ابن القاسم (ش)، وابن حنبل، ومنع (ح) فى جزاف الموزون. ويمتنع الجزاف فى الثياب، والرقيق فى السلم؛ لمنع بيعها جزافًا.

الشرط الثانى - السلامة من السلف بزيادة:

لنهيه - عليه السلام - «عَمَّا جَرَّ نَفْعًا مِنَ السَّلَفِ»(٢).

---

(١) فى ط: بمكة.

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٨٠) وعزاه للحارث بن أبى أسامة فى مسنده من حديث على ابن أبى طالب وفى إسناده: سوار بن مصعب، وهو متروك، وعزاه للبيهقى فى السنن والآثار (٤/ ٣٩١)، عن فضالة بن عبيد موقوفًا، وبلفظ: (كل قرض جر منفعة فهو من وجه الربا) عزاه البيهقى فى السنن عن ابن مسعود، وأبى بن كعب، وعبد الله سلام، وابن عباس - موقوفًا عليهم.

قاعدة: شرع الله - تعالى - السلف للمعروف والإحسان؛ ولذلك استثناه من الربا المحرم، فيجوز دفع أحد النقدين فيه؛ ليأخذ مثله نسيئة، وهو محرم فى غير القرض لكن رجحت مصلحة الإحسان على مصلحة الربا؛ فقدمها الشرع عليها، على عادته فى تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما عند التعارض. فإذا وقع القرض ليجر نفعًا للمقرض، بطلت مصلحة الإحسان بالمكايسة، فبقى الربا سالمًا عن المعارض فيما يحرم فيه الربا؛ فيحرم للربا، ولكونهما خالفا مقصود الشرع و أوقعا ما لله لغير الله، ويحرم ذلك فيما لا ربا فيه كالعُروض؛ للمعنى الثانى دون الأول. فلهذه القاعدة يشترط اختلاف جنس الثمن والمثمن؛ لأن السلف لا يتحقق فى المختلفين؛ فتتعذر التهمة.

تمهيد: قال أبو الطاهر: أصل مالك: حمل الناس على التهمة ومراعاة ما يرجع إليهم وما يخرج منهم دون أموالهم، فالمسلم فيه إن خالف الثمن جنسا [أو منفعة][1] جاز؛ لبعد التهمة، أو اتفقا، امتنع إلا أن يسلم الشىء فى مثله؛ فيكون قرضا محضا، ولا يضرنا لفظ السلم؛ كما أنه لا ينفع مع التهمة، وإن كانت المنفعة للدافع، امتنع اتفاقًا، وكذلك إن دارت بين الاحتمالين؛ لعدم تعين مقصود الشرع، فإن تمحضت للقابض: الجواز، وهو ظاهر. والمنع لصورة المبايعة، وللمسلف رد العين، وههنا اشترط الدافع رد المثل دون العين، فهو غرض له. وإن اختلف الجنس دون المنفعة فقولان: الجواز؛ للاختلاف، والمنع؛ لأن مقصود الأعيان منافعها، فهو كاتحاد الجنس، وإن اختلفت المنفعة دون الجنس، جاز؛ لتحقق المبايعة.

تمهيد: قال: العروض ثلاثة أقسام: ما اتفق على تباينها، وما اتفق على اتحادها، ومختلف فيها. فالحيوان ناطق وغير ناطق. وغير الناطق غير مأكول: كالبغال فيختلف بالصغر والكبر، اتفاقًا. والمأكول ثلاثة أقسام: ما له قوة على الحمل والعمل كالإبل والبقر، فيختلف فيها اتفاقًا، وما لا قوة له عليهما كالطير المتخذ للأكل، فلا يختلف اتفاقًا؛ لأن مقصود الجميع اللحم.

الثالث: ما لا يعمل ولا يحمل، لكن منفعته اللبن والنسل، كالغنم: فقولان.

---

(١) سقط فى أ.

ولا يختلف فى الذكورة والأنوثة شىء من الحيوان الغير الناطق، إلا أن يختلف بهما المنافع.

ومن أسلم صغيرًا فى كبير لأمد يكبر فيه الصغير، امتنع؛ للمزابنة، [وإلَّا جاز، أو كبيرًا فى صغير لأمد يلد[١] فيه الكبير الصغير، امتنع للمزابنة][٢] وهى بيع المعلوم بالمجهول من جنسه، وإلا جاز، وهذا مأمون فى البغال.

قال سند: اختلف فى الصغير والكبير: هل هما جنسان فى جملة الحيوان أم لا؟

قال الباجى: والأول القياس؛ لاختلاف المنفعة، وإذا فرعنا عليه، وأسلم صغيرًا فى كبير، وتراخى الأمر حتى كبر الصغير، وصار صفة الكبير، فالقياس ألا يدفعه مكان الكبير، سدًّا لباب المزابنة. والقياس أيضًا: الدفع بصحة العقد أولا واقتضاؤه لذلك، كمن وطىء جارية ثم ردها بالعيب؛ فإن وطأه حلال، فلا يمتنع رَدُّها.

فرع: فى الكتاب: يمتنع سلم حديد يخرج منه السيوف فى سيوف؛ لأنه إن كان أقل فهو سلف بزيادة، أو أكثر، فقد استأجره بالزائد على عمل السيوف، فهو سلف وإجارة، وكذلك سيوف يخرج منها حديد؛ لاتحاد النوع. ويمتنع حديد السيوف فى الحديد الذى لا يخرج منه سيوف.

والثانى: الغليظ فى الرقيق؛ لاتحاد النوع فيتوقع السلف للنفع، ويمتنع الكتان فى ثوب الكتان، بخلاف ثوب كتان فى كتان؛ لأن الثوب لا يخرج منه كتان، فانحسمت مادة السلف. ويمتنع سيف فى سيفين دونه؛ لتقارب المنافع. إلا أن يبعد ما بينهما فى الجوهر.

قال سند: أجاز يحيى سيوفًا فى حديد، كالثوب فى الكتان، والفرق: أن صنعة السيوف قريبة، يقرب ردها حديدًا؛ لأن الكلام فى أدنى السيوف، بل ربما تقطع وتباع بالوزن كالحديد، فكأنه أخذها بشرط إن نقصت زاد.

قال التونسى: ولعل مُراده[٣] بالكتان: الغليظ الذى منه الرقيق، وإلا فيجوز؛ لاختلاف النوع إذا لم يصلح من أحدهما ما يصلح من الآخر، وكذلك الكتان، إنما امتنع إذا كان الأجل يتأتى فيه ثوب، وإلا فيجوز، وكذلك إذا كان ذلك الثوب

---

(١) فى ط: ملك.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: مران.

لا يخرج منه ذلك الكتان. ومنع محمد الكتان المغزول فى المنفوش وبالعكس؛ ليسارة صنعة الغزل، والتمكن من نقضه.

قال: والصواب: الجواز، وإنا نسهل[١] ذلك فى الصوف والقطن، فينفش ويندف.

ومنع سحنون السيف العالى فى الدنىء؛ لاتحاد جنس الحديد.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا صَنَع من الحديد سكاكين وسيوفًا وأغمدة، صارت أجناسًا؛ لاختلاف المنافع.

تمهيد: قال أبو الطاهر: مهما قدم المصنوع فى [غير][٢] المصنوع إلى أجل، يخرج منه المصنوع، امتنع، وإلا جاز.

فرع: فى الكتاب: تمتنع ثياب القطن بعضها فى بعض إلا غليظ الملاحف فى الثياب الرقيقة، وكذلك غليظ ثياب الكتان فى رقيقها، إذا عظم ذلك واختلفت المنافع.

قال سند: ظاهر الكتاب: أن اختلاف [السكك][٣] لا يبيح[٤] كعمائم القطن فى الملاحف إذا تقارب الغلظ؛ لأن الملحفة قد تقطع عمائم. وقيل: يجوز؛ لاختلاف المنفعة. وتمتنع فسطاطية معجلة ومروية معجلة أو مؤجلة فى فسطاطيتين مؤجلتين؛ لأنه بيع وسلف، فإن كانت فسطاطية فى فسطاطيتين، أحدهما نقد والأخرى إلى أجل، اختلف قول مالك بالمنع والكراهة، وأجازه محمد لصفة فى القرض.

قال اللخمى: إذا أسلم ثوبًا فى ثوب، وكان الفضل من أحد الجانبين - امتنع؛ لأنه سلف بزيادة أو ضمان بِجُعل، أو من الجانبين: جاز بأن يكون أحدُهما أجود والآخر أطول؛ لأنهما متغايران، ويجوز جيد فى رديئين، ونصف جيد فى كامل ردىء، فإن استوت المنفعة واختلفت الأصول، كرقيق الكتان ورقيق القطن: أجازه ابن القاسم، نظرًا لأصولهما، ومنعه أشهب؛ نظرًا للمنفعة.

---

(١) فى ط: وإن سهل.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: يفسخ.

فرع: فى الكتاب: الإبل والبقر والغنم والحمير يسلم أحدُها فى الجنس الآخر؛ للاختلاف، ويكره سلم الحمير فى البغال؛ لتقاربهما، فرب حمار يساوى أكثر من بغل، ويحمل أكثر منه، كالحمير المصرية الفُرْه فى حُمُر الأعراب؛ لضعفها وبعدها عن ظهور البغال، وتسلم فيها الحمارة الفارهة وكذلك البغال فى الحمير، ويسلم كبار الخيل والإبل فى صغارها، ولا يسلم كبارها فى كبارها إلا النجيب فى غيره من الدون، وإن كان فى سنه، ولا تسلم صغار الغنم فى كبارها، ولا معزها فى ضأنها، ولا ضأنها فى معزها؛ لأن منفعة الجميع اللحم لا الحمولة، إلا شاة غزيرة اللبن تسلم فى حواشى الغنم، ومتى اختلفت المنافع فى الحيوان أسلم بعضه فى بعض، اتفقت الأسنان أم لا.

قال صاحب التنبيهات: وعن مالك: لا يسلم الكبير فى الصغير، ولا جيد فى رديء حتى يختلف العدد: ورأى فى الكتاب: أن الصغير يخالف الكبير؛ لاختلاف الأغراض إلا بنى آدم؛ لأن المراد اللحم واللبن، فلا يريد إلا غررهما، ومقصود بنى آدم الخدمة حتى يحصل التفاوت بتجارة أو جمال فائق أو غيرهما.

وفى كتاب محمد: امتناع كبير فى صغير؛ لأنه ضمان بجعل، وصغير فى كبير؛ لأنه سلف بزيادة، وإجازة كبير فى صغيرين، وصغير فى كبيرين؛ لأن اختلاف العدد مقصود. وعند ابن حبيب: البغال والحمير صنفان.

قال فضل: هذا ليس خلافًا، بل حكم كل واحد منهما على عادة بلاده.

قال أبو عمران: لا تختلف الحمير بالسير والحمل على مذهبه فى الكتاب. وأنكره فضل، وقال بالاختلاف، واعتبر فى الكتاب قوة البقرة على الحرث. وقال ابن حبيب: إنما يراعَى هذا فى الذكور؛ لأنها مظنة ذلك، أما الإناث فلا.

فرع: قال صاحب النكت: إذا أسلم الشيء فى نوعه للنفع وفات، فكالبيع الفاسد، على القابض القيمة، أو المثل فى المثليات، فإن لم يعرف ذلك إلا من قول البائع: إنى قصدتُ نفع نفسى، خير المشترى بين تصديقه ويفعل ما تقدم، وبين تكذيبه؛ لأنه متهم فى إسقاط الأجل وأخذ القيمة. ويجوز على مذهب الكتاب: سلم الصغير فى الكبير(١) من الإبل؛ لأنهما صنفان، وجعل الحمير والبغال ههنا

---

(١) فى أ: الكبيرين.

صنفا، وفى كتاب القسمة [صنفين][١]. ومنع من قسمتها بالقرعة. والفرق: أن المراد بالقسمة رفع المخاطرة، فاحتاط بجعلها صنفين، وفى السلم: جعلها صنفًا احتياطًا لمنع السلف، للنفع والمُزابنة، فهو احتياط فى البابين.

فرع: قال اللخمى: يجوز عدد كثير ردىء بجيدٍ قليل، فيكون العدد قبالة الجودة، ويجوز الفرس الجميل فى السريع؛ لأن تقابل الوصفين مبايعة[٢]، فإن استويا فى السبق وأحدُهما أجمل، أو فى الجمال وأحدهما أسبق: امتنع؛ لأن الفضل من أحد الجانبين، وأجاز عبد العزيز بن أبى سلمة سلم الضأن فى الماعز، ورآهما صنفين؛ لاختلاف الرغبات فيهما.

فرع: قال ابن يونس: الحولى من الحمير والبغال صغير، والرباعى كبير، ويجوز سلم أحدهما فى الآخر، وكذلك حولى الخيل فى جذعها. وعن ابن القاسم: منع الكبير فى الصغير؛ لأنه ضمان بجعل، والصغير فى الكبير؛ لأنه سلف بنفع فى جملة الحيوان.

فرع: قال: وعن ابن القاسم: ليس فى جنس الطير ما يوجب اختلافه؛ فتمتنع الدجاجة البيوضة فى اثنتين ليستا مثلها، وكذلك الأوز. وقال محمد: والديكة والدجاج صنف؛ لتقارب المقاصد. وجوز أصبغ البيوضة فى ديكين.

فرع: قال: ومجرد الفصاحة لا توجب الاختلاف فى الرقيق.

قال ابن القاسم: ليس الغزل وعمل الطيب اختلافًا.

قال التونسى: لعله يريد العلم بالطيب لا عمله.

والقراءة والكتابة والحسن ليس اختلافًا، فيمتنع نُوبية تبلُغ بحسنها ألف دينار ليس لها صنعة من طبخ أو غيره. وتمنع طباخة بطباختين؛ لتقارب الطبخ. وجعل [أصبغ][٣] الكاتبة النحريرة اختلافًا، وكذلك الجميلة، وهو استحسان، والأول قول ابن القاسم، وهو مقتضى القياس، قاله محمد.

قال: والصواب قول أصبغ، لاختلاف الطبخ والجمال اختلافًا شديدًا، وهما من أهم مقاصد الناس، كما أن أهم المقاصد من الخيل الجرى، ومن الإبل الحمولة.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: مبالغة.
(٣) سقط فى ط.

فرع: قال صاحب البيان: إذا أسلم فى عبد عشرة دنانير وعرضا، فلم يأت به، فأقاله برد ذهبه وعرض أجود أو أدنى من عرضه: امتنع؛ لأنه بيع وسلف فى الذهب، وأجاز ابن القاسم مثل عرضه أو أدنى؛ لانتفاء التهمة، ومنعه أصبغ؛ للتهمة فى البيع.

فرع: قال: يجوز لمن باع طعامًا بثمن إلى أجل أن يأخذ مثل ذلك الثمن فى سلم طعام قبل حلول الأول أو قربه؛ لئلا يرجع ثمنه إليه، ويكون فسخ الثمن الذى عليه فى ثمن إلى أجل، وحيث يجوز يمتنع أخذ رهن بالأول والآخر؛ لأنه غرر، إذا قام الغرماء لا يدرى ما يحصل له بالرهن، فهو يضع عنه من ثمن السلم لأمر لا يدرى هل ينفعه أم لا. فإن وقع ذلك فسخ السلم، وكان الرهن رهنًا بالأول، أو من الطعام الذى ارتهنه به دون الدين الأول، وهو مذهب المدونة. وقيل: لا يكون عن شئ؛ لبطلانه، وقيل: يقسم فتبطل حصة الأول؛ لأنه وقع بغير رَهن، وتنفذ حصة الثانى. وقيل: يجوز فى الدين، ولا أثر للغرر؛ لأن الارتهان غرض صحيح ههنا.

الشرط الثالث - السلامة من الضمان بجعل:

ففى الكتاب: لا يسلم الخشب فى الخشب إلا مع الاختلاف فى الجانبين، كالحيوان، ويمتنع جذع فى نصف جذع من جنسه؛ لأنه ضمان نصف بنصف، وكذلك فى جميع الأشياء، كثوب فى ثوب دونه، ورأس فى رأس دونه.

قال ابن يونس: معناه: من جنسه، ومن غير الجنس يجوز؛ للاختلاف.

وَمَنَعَ ابنُ أبى زمنين جذع نخل فى نصف جذع صنَوبَر، وغير الصنوبر يجوز على رأى ابن القاسم.

وفى الواضحة: الخشب صنف وإن اختلفت أصوله إلا أن تختلف المنافع للألواح والأبواب والجوائز للسقوف؛ لأن مقصود الخشب المنافع لا الجنس، إلا أن يكون خشبًا لا يدخل فيما يدخل فيه الآخر.

قاعدة: المنافع والأعيان ثلاثة أقسام:

منها ما اتفق على صحة قبوله للمعاوضة: كالدار وسكناها.

ومنها ما اتفق على عدم قبوله لها: كالدم والخنزير والميتة ونحوها من الأعيان. والقُبل والعِناق والنظر إلى المحاسن من المنافع؛ ولذلك لا يوجب فيه عند الجناية

عليه شيء. ولو كان متقوما لأوجبنا القيمة كسائر المنافع.

ومنها ما اختلف فيه: كالأزبال وأَرْوَاثِ الحيوان من الأعيان، والأذانُ والإمامة من المنافع، فمن العلماء من أجازهُ، ومنهم من منعه.

إذا تقررت هذه القاعدة، فالضمان فى الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه، وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقُبل، وأنواع الاستمتاع مقصود للعقلاء، ولا تصح المعاوضة عليها؛ فإن صحة المعاوضة حكم شرعى يتوقف على دليل شرعى، ولم يدل دليل عليه فوجب نفيه. أو بالدليل الثانى، وهو القياس على تلك الصور، لا لنفى الدليل المثبت.

الشرط الرابع - السلامة من النساء فى الربوى:

ففى الكتاب: يمتنع سلم النقدين فى تراب المعادن وإن كان منضبطًا للنساء فى النقدين، وهو محرم؛ لما تقدم فى الصرف.

قال سند: ويفسخ، فإن فات التراب باستخراجه: فللمبتاع، وعليه قيمة التراب. قال ابن حبيب: وينبغى أن تؤخذ القيمة من غير العين.

فرع: فى الكتاب: يمتنع حنطة فى شعير، وثوب وعدس، وثوب مؤجل وشعير معجل؛ لأن المضموم إلى الطعام كالطعام يمتنع تأخيره؛ لدخول الطعام فى العقد؛ كمن صرف ذهبًا بفضة معها سلعة، فتعَجَّلَ النقدان وتأخرت السلعة؛ فإنه يمتنع، وقد يتعذر الوفاء بالمؤجل فيؤدى ذلك إلى النسيئة فى الطعام، وأما قبل ذلك فلا يتحقق التناجز.

قال سند: يتخرج هذا على جمع العقد حلالًا وحرامًا.

قال اللخمى: القياس إذا تأخر الثوب وحده: الجواز؛ لحصول المناجزة فى النقدين.

الشرط الخامس - أن يكون المسلم فيه على ضبطه بالصفة:

قاعدة: مقصودُ الشارع: ضبطُ الأموال على العباد؛ لأنه أناط بها مصالح دُنْيَاهُم وأُخْراهم، فمنع لذلك من تسليم الأموال للسفهاء، ونَهى - عليه السلام - عن إضاعة المال[١] وعن بيع الغَرَر[٢] والمجهول كذلك؛ فيجب - لذلك - أن يكون

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

المشترَى: إما معلومًا بالرؤية - وهو الأصل - أو الصفة، وهو رخصة؛ لفوات بعض المقاصد لعدم الرؤية. لكن الغالب حصول الأغلب؛ فلا عبرة بالنادر. فما لا تضبطه الصفة تمتنع المعاوضة عليه؛ لتوقع سوء العاقبة بضياع المالية فى غير معتبر فى تلك المالية.

فرع: فى الكتاب: يمتنع السلم فى تراب المعادن؛ لأنه مجهول الصفة، وفى تراب الصواغين للجهل بما فيه.

قال سند: فإن لم يفسخ تراب الصواغين حتى صفى، رد للبائع وعليه الأجرة، بخلاف تراب المعادن، يجوز بيعه إذا عين. واختلف فيه إذا لم يعين، وهذا يمنع مطلقًا.

وقال بعض الأصحاب: له الأجرة فى تراب الصواغين ما لم يجاوز ما وجد فيه، كالتمر يباع قبل الصلاح للتبقية، فيبقيه ثم يفسخ فيرجع بالعلاج - عند ابن القاسم - فى قيمة الثمرة. قاله ابن يونس.

قال ابن حبيب: إذا لم يخرج له فى تراب الصواغين شىء فله الأجرة.

قال: والصواب: عدم الأجرة إذا لم يخرج شىء؛ لدُخولهما على الغرر، ويرجع بجميع الثمن، فإن خرج شىء خُير البائع بين أخذه ودفع الأجرة وجميع الثمن، أو تركه ودفع الثمن. وقيل: لابد أن يكون له قيمة، فإذا أفاته بالعمل، كان الخارج له، وعليه القيمة على غرره، وقيل: إن ادعى مشترى الرماد تلفه قبل تخليصه، فعليه قيمتُه على الرجاء والخوف.

نظائر: قال العبدى: يجوز السلم إلا فى أربعة: ما لا ينقل: كالدور والأرضين، ومجهول الصفة؛ كتراب المعادن والجزاف، وما يتعذر وجوده[(١)]، وما يمنع بيعُه؛ كتراب الصواغين والخمر والخنزير.

فرع: قال المازرى: يجوز السلم فى الياقوت ونحوه، ومنعه (ح)، و (ش)؛ لتعذر ضبطه بالصفة لفرط التفاوت فى الصفاء والجودة، وإن ضبطه تعذر الوفاء به. ونحن نمنع المقامين، بل يضبط بشدة الصفاء وقلته وتوسطه، وكبر الحبة وصغرها وتوسطها وملائمتها من الثمن، ويشترط التدوير والاستطالة والوزن أو المِقدار،

---

(١) فى ط: جودة.

وما هو من أغراض أرباب الجوهر.

وكذلك يجوز السلم فى المركبات؛ كالترياقات والإيارجات والغوالى والقسى ونحوها، ومنعه (ش) ؛ لتعذر ضبطها؛ لأن كل واحد من مفرداتها مقصود فى نفسه، فضبطُ قسط المركب من ذلك المفرد - صفة ومقدارًا - يتعذر. ويختص النشاب بنجاسة ريش النسر عنده، والترياق بنجاسة لحوم الأفاعى.

والجواب عن الأول: أن المقصود فى المركبات مقصود عادة، ولا عبرة بما ذكروه.

وعن الثانى: أن السباع والحيات يطهران عندنا.

ومنع (ح) فى السفرجل والبطيخ ونحوها من المعدودات؛ لتفاوت أفرادها فى الكيالة.

الشرط السادس - أن يكون المسلم فيه يقبل النقل؛ حتى يتهيأ أن يكون فى الذمة:

قال صاحب النكت: يمتنع السلم فى الدور والأرضين؛ لأن خصوص المواضع فيها مقصود للعقلاء، فإن عُين لم يكن سلمًا لأن السلم لا يكون إلا فى الذمة، وإن لم يعين: كان سلمًا فى مجهول، وكذلك يمتنع النكاح بها.

الشرط السابع: أن يكون معلوم المقدار بالوزن أو الكيل أو العدد، احترازًا من الجزاف:

لنهيه - عليه السلام - عن بيع المجهول. وجهل المقدار كجهل الصفة.

وفى الكتاب: منع اشتراط القبض بقصعة معينة ونحوها، بما لا يعرف قدره؛ لأنها جهالة، وإنما يجوز عند الأعراب، حيثُ لا مكيال عندهم، ويفسخ إذا وقع، وقاله (ح) خلافًا لـ (ش)، وكذلك أشهب. وأمضاه إذا نزل لحصول المعرفة كالحوز(١).

قال صاحب التنبيهات: يجوز وصف هذه المسألة بإجازة السلم فى الكتاب بذراع رجل بعينه فى الثياب، وشراء ويبة وجفنة. وإذا أجزنا القصعة عند الأعراب ففى كتاب محمد: إنما ذلك فى اليسير، وعن أبى عِمران: الجواز فى الكثير، وقيل: فى

---

(١) فى أ: كالحرز.

الويبة والجفنة حيث لا مكيال، وقيل: لا بل هى كالذراع. وأكثر الأصحاب على المنع، إذا كثرت الويبات والجفنات؛ لكثرة الغرر، وقيل: الجواز.

قال سند: وحيث أجزنا القصعة ونحوها: فيشهد على عيار ذلك الوعاء؛ خوفًا من تلفه. والخلاف فى ذلك يجرى على الخلاف فى التحرى. ولما أجازه ابن القاسم فى المكيل دون الموزون، فعل ههنا[1] لذلك، وأجاز السلم فى سلال التين، ومنع [فى] غرائر القمح[2]، وكذلك فعل فى بيع الجزاف: يجوز ملء السلال دون ملء القارورة[3]، والجمهور على هذا الفرق.

لو أخرج الخضرى مكياله المعلوم فى البادية امتنع؛ لجهلهم به، وكذلك البدوى يقدم بمكياله، ولو قدم بغير مكيال، جازت معاملته للحاضرة بمكيالهم؛ لأنه الأصل فى البلاد.

فرع: فى الكتاب: لا يشترط فى ثياب الحرير الوزن، بل الصفات تغنى عنه، فإن اشترطه اعتبر؛ لأنه أضبط، ومنع؛ لأنه قد يدخل فيه من الذرع ما لا يتوهم.

الشرط الثامن – ضبط الأوصاف التى تتعلق بها الأغراض لدفع الخطر، ما لم تؤد إلى غير وجوده:

قال سند: يذكر فى الرقيق سبع صفات: النوع كالرومى، والسن، والقد، فيقول: خمسة أشبار أو ستة. والذكورة، والأنوثة، وفى العلى يذكر البكارة، والثيوبة، واللون، والنشاط، والرداءة، وربما أغنى السن عن القد فى العُرف؛ لأنه يعرف سن الصبى من قدهِ، ويحمل الأمر فيه على الوسط المتعارف، والنادر لا يلزم، وألزم (ش) اشتراطه. ويغنى ذكر العبد عن الذكورة، والأمة عن الأنوثة. والجنس[4] قد يغنى عن اللون؛ فإن غالب الحبشة السمرة للصفرة، والنوبة السواد، والروم البياض. ولا يشترط ذكر اللون فى جوارى الخدمة كالتكاردة[5]، وألزم (ش) اشتراطه.

---

(١) فى ط: فعلى ههنا.
(٢) فى ط: ومنع غرائر قمح.
(٣) فى ط: ملأ الغارورة.
(٤) فى أ: الحبش.
(٥) فى ط: كالبكارة.

ويشترط فى الغنم جنسها، ضأنا أو ماعزًا، وذكورتها وأنوثتها وسنها وجودتها دون نتاجها، واشترط (ش) بلادها.

لنا: أن من اشتراها لا يعرف بلادها ولا نتاجها، صح؛ فكذلك السلم.

ولو اشترط لونا لم يلزم غيره، وإن كان العقد يصح بدونه.

ويشترط فى الخيل أنها عربية أو غيرها، وحولية أو غيرها، وذكورتها وأنوثتها وفراهتها دون اللون؛ لحصول المقصود بدونه، وإن كان مطلوبًا فى الجملة. وكذلك الغرة والتحجيل.

ويشترط فى الحمير بلادُها: مصرية أو شامية أو أعرابية؛ لأن الحمار المصرى ربما بلغ عدة من الخيل، والشامية شديدة، والأعرابية ضعيفة قليلة الجرى. وسنها وجودتها وفراهتها.

ووافقنا (ش) فى السلم فى الحيوان، دون أعضائه من الجلود والرءوس، ومنع (ح) ؛ لشدة تفاوت الحيوان وعدم انضباطه، وكذلك أجزاؤه، ولقول البحترى:

ولـم أر أمـثـال الـرجـال تـفـاوتـت إلى الفضل حتى عُدَّ ألف بواحد

ووُزِنَ أبو بكر بالأُمَّة فرجح[1]، وكذلك عمر - رضى الله عنهما -، حتى قال بعض الفضلاء: إنما قال ابن دريد:

والـنـاس ألـفٌ مـنـهـمُ كـواحـد وواحـدٌ كـالألـفِ إن أمـر عَـرَا

لضرورة الشعر.

وفى الحديث المسند: «مَا مِنْ شَيْءٍ يَرْبُو الْوَاحِدُ عَلَى الأَلْفِ مِنْ جِنْسِهِ إِلَّا ابْنَ آدم»[2] ولنهيه - عليه السلام - عن السلم فى الحيوان،[3] ولقول عمر - رضى الله عنه -: من الربا: السلم فى الحيوان. وبالقياس على تراب الصاغة.

والجواب عن الأول: أن بنى إسرائيل استوصفوا البقرة، فوُصفت لهم، فلو لم يكن الوصفُ يضبط لما كان فيه فائدة. وعليه: أن المطلوب ثمة: أصل التمييز،

---

(١) فى ط: فرجح.

(٢) أخرجه الطبرانى عن سلمان، كما فى مجمع الزوائد للهيثمى (٥/ ٣٢١) بلفظ: (ليس شىء أحب من ألف مثله إلا الإنسان) وقال: ورجاله رجال الصحيح. عن إبراهيم بن محمد بن يوسف، وهو ثقة.

(٣) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ٧٠ - ٧١) عن ابن عباس، وغيره.

وهو لا يكفى فى المعاملة.

ولقوله - عليه السلام -: «لعَنَ الله الْمَرْأَةَ تَصِفُ الْمَرْأَةَ لِزَوْجِهَا حَتَّى كَأَنهُ ينظُرُ إِلَيْهَا»(١) فأقام الوصف مقام الرؤية. وعلته: أن المشبه يقصُر عن المشبه به والمطلوب ثمة: سد ذريعة الربا، وهى تنفتح بأيسر المحاسن والدواعى، ولا يكفى ذلك فى صحة المعاملة، ولأن المقصود فى صفات السلم: إنما هو الصفات الظاهرة دون أخلاق النفوس. ثم ينتقض عليهم بالديباج المنقوش، أجازوه، وبالعصافير، منعوها مع أنها لا تختلف، والديباج شديد الاختلاف، ولأن الصفات المقصودة معلومة، ولكل واحد عبارة، فيقتصر على أول مراتبه؛ فلا جهالة ألبتة،

وعن الثانى، والثالث: منع الصحة.

وعن الرابع: انضباط الصفات المالية فى الحيوان بخلاف تراب الصاغة. ويؤكد مذهبنا: أنه - عليه السلام - «استَسْلَفَ بَكْرًا فَقَضَى خِيارًا»(٢) فى الحديث الصحيح. وما تقرر قَرضا تقرر سلما بِجَامِع ضبط الصفة، وعليه: أن القرض معروف فيسامح فيه، ولأنه يجوز فى الخلع والنكاح والكتابة عندهم، فنقيس عليه. وعليه: أنها ليست أبواب تنمية مال، بل معروف ومحاسنة، ولأنه - عليه السلام - وصف الدية من الحيوان فى الذمة، والزكاة تثبت فى الذمة بعد الاستهلاك؛ فكذلك السلم وعليه: أنها بابُ معروف، ولا يجوز أن يكون ثمنًا فيكون مُثمنًا. ويرد عليه: أنه إذا كان ثمنًا علم بالرؤية، بخلاف الثمن.

ويشترط فى الفاكهة جنسها، وصفتها، وقدر التفاحة والرمانة، وجودتها ورداءتها.

ويشترط فى قَصَب السكر ما عرف فيه، فإن كان يباع عندهم حُزَما، فعدد أعوادها، وطول العود، وغلظُهُ، وجودته ورداءته، وإن كان يباع بالوزن، اشترط، ولا يلزمه أغلى(٣) العُود؛ لعدم حلاوته، ولا أسفله؛ لفرط يُبُوستِه، بل يطرح ذلك.

---

(١) أخرجه البخارى (٩/ ٢٥٠) كتاب النكاح: باب لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها (٥٢٤١، ٥٢٤١)، وأحمد (١/ ٤٦٠)، والترمذى (٥/ ١٠١) كتاب الأدب: باب فى كراهية مباشرة الرجال الرجال والمرأة المرأة (٢٧٩٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٠) عن أبى رافع.

(٣) فى ط: أعلا.

وقال (ش): لا يصح السلم فيه إلا وزنًا؛ لعدم انضباط العدد فى المائة.

وجوابه: أن ذلك يفضى للجهالة فى بلد لا يعرفون الوزن، فيتحملون أن الوزن يحصل عددًا من[1] العيدان، فيتخرج خلافه؛ فإن هذه الأمور إنما تضبط معرفتها العوائدُ، كما تقدم تقريره فى أبواب الربَوِيّات.

فرع: فى الكتاب: يكفى العدد فى الرمان، والسفرجل، والتفاح إذا وُصفَتْ مقاديرها، ويجوز الوزن إذا كان عادة، وكذلك الجوز.

ولا يسلم فى البيض إلا عددًا؛ لأنه العادة، ووافقنا (ح) فى اتباع العوائد.

وجوز (ش) فى المكيلات بالوزن، وبالعكس.

قال سند: ويُذكر جنس بيض الدجاج أو غيره، وصغره، وكبره. ووافقنا (ح)، ومنعه (ش) إلا وزنًا؛ لشدة التفاوت فى مقادير البيض.

فرع: قال اللخمى: متى اشترط جيدًا أو رديئًا[2] حُمل على الوَسَط مِن الجيّد أو الردىء، ولو قال: وسطا، فوسط ذلك الصنف.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يذكر الجيد من الردىء، فسد العقد، ويمتنع اتفاقُهما على الأرفع لفساد أصل العقد.

فرع: قال: إذا أسلم مصرى فى حنطة ولم يذكر جنسًا، قضى بالحمولة، أو بالشام قضى بالسمراء، وإلا فلا بد من الصفة بالحجاز، حيث يجتمع أنواع الحبوب ففقد التمييز المستفاد من خصوص الإقليم القائم مقام الصفة.

قال اللخمى: يريد: إذا أسلم بمصر فى حنطة جيدة أو رديئة، أجزأه، وكان له الوسط من الجيد أو الردىء.

قال سند: لم يختلف أصحابنا فى صحة الاقتصار على الجودة.

وقال ابن القصار: لابد أن يقول: فى غاية الجودة.

وجوابه: أن هذا يتعذر وجوده؛ ولذلك منعه (ش)، وعلى المذهب قال محمد: يقضى بالغالب من الجيد أو الردىء، لا بنادره.

وقال الباجى: يكفى أصل الوصف؛ لعدم انضباط مراتبه، فيؤدى ذلك

---

(١) فى أ: عدة أمر.

(٢) فى ط: رديا.

للخصومة. وليس المقصود من المسلم أن يكون كالمرئى[(١)] بل حصول المقاصد من حيث الجملة، ويغتفر[(٢)] فى المثمن ما لا يغتفر فى الثمن، ولا يدخل الحشف فى وصف الردى؟

وقال (ش): ليس عليه أن يأخذ حشفة واحدة.

لنا: [أن][(٣)] القياسُ على العظم فى اللحم؛ لأنه لا ينفك عنه المبيع غالبًا، واشترط ابن القاسم ذكر المنقى أو الغلث؛ لأنه يوجب اختلاف الثمن، وقال أشهب: لا يشترط؛ لأن مقتضى العقد السلامة، فإن أتاه بغلوث كان عيبًا. ويختلف فى اشتراط اللون فى الشعير:

قال ابن القاسم: يشترط أصفر أو أبيض؛ قياسًا على بقية الصفات، وإلا فسخ، وخالف أشهب.

فرع: قال سند: يذكر فى الثياب الجنس، كالكتان، والبلد؛ لاختلاف نسج البلاد، والطول، والصفاقة والخفة والغلظ والرقة. زاد الشافعية: النعومة والخشونة، والجودة والرداءة. ولم يشترطه ابن القاسم؛ لأنه يخرجها إلى الشرط[(٤)]، ولا يجوز اشتراط اللبيس؛ لأنه يختلف، ومنع الشافعية فى المصبوغ بعد نسجه؛ لأنه سلم فى ثوب وصفة.

لنا: القياس على المصبوغ قبل نسجه، ويجوز فى العتابى ونحوه، ومنعه الشافعية؛ لأنه مركب كالغوالى والمعاجين على أصلهم.

لنا: أن القطن المسدى بالكتان جائز، إجماعًا.

فرع: فى الكتاب: يجوز فى القصيل ونحوه من البقول إذا اشترط جُرزا، أو حزما، أو أحمالا معلومة، ولا يشترط الأخذ إلا فى الإبان؛ نفيًا للغرر، إلا أن يكون لا ينقطع، وكذلك القضب والقرظ الأخضر، ويمتنع اشتراط فدادين موصوفة معلومة بالطول والعرض والجودة والرداءة.

---

(١) فى ط: كالمربى.
(٢) فى ط: يفتقر.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: العدة وفى أ: السرة.

قال صاحب التنبيهات: الجرز: بضم الجيم وفتح الراء[١] وضم الراء - أيضًا - وآخره زاى مفتوحة، وروى بكسر الجيم وبزايين معجمتين، والأول أصوب، وهى: القُبض، فإنها: لا تختلف، والجرزة[٢] تختلف فى (اللطافة و][٣] الكثافة، ومراده بالفدادين: غير المعينة، خلافًا لبعض المتأخرين، والقُرظ بضم القاف، وأراه ليس بعربى. والقضب بفتحها وسكون الضاد.

قال سند: منع (ش) السلم فى هذه إلا وزنًا، وقد تقدم جوابه، وتجوز الفدادين المعينة إذا عُلمت صفتها، والممنوع: غير المعينة؛ لأن السلم لابد فيه من ذكر موضعه؛ لاختلاف الغرض بالقرب والبعد والرياح والسقى والجودة فى الحب وغيره، فيكون العقد غررًا، وجوزه أشهب؛ بناء على غالب تلك الأرض، ويمتنع ههنا تأخير النقد كما قلنا فى السلم، فى حائط بعينه؛ لأن ذلك بيع، وهذا سلم. والفرق - عند أشهب - بين الفدادين، والسلم فى الدور، وإن اشترط نفس البقعة: أن أشهب لا يشترط فى الفدادين إلا القرية، دون صقع معين، والدور لابد فيها من تشخيص الأرض فيمتنع؛ لاحتمال التعذر.

فرع: فى الكتاب: يصف فى الرأس والأكارع صنفها وكبرها، وفى اللحم: ضأنا أو ماعزًا، [وزنًا][٤] أو تحريًا معروفا؛ لجواز بيعه تحريًا، وفى الحيتان الطرية نوعها[٥] وطولها وصفتها وزنا أو تحريًا، ولهما بعد الأجل الرضا بغير النوع الذى يسلم فيه؛ لأنه جنس واحد فى الربا.

قال اللخمى: يشترط فى اللحم أربعة: الجنس كالضأن، والسن كالجذع، والصنف كالذكورة، والأنوثة، والهيئة من السمن.

وأجاز ابن القاسم ألا يشترط العضو، وأن عليه أن يقبل البطن فى اللحم، ويحمل قوله على أن ذلك عادتهم، أما اليوم فلا. وتسمية الناحية المأخوذة منها أجود.

قال سند: منع (ح) السلم فى اللحم والرءوس؛ لامتناعه فى اللحم، ومنع (ش)

---

(١) فى ط: الزاى.
(٢) فى ط: الجزة.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى أ: ذرعها.

فيهما؛ لأن أكثرها عِظام فيمتنع كرماد الصاغة، وجوز في اللحم. أما ما مسته النار: فمنعه (ش) في اللحم؛ لاختلاف عمل النار، ونقض عليه بالسمن والتمر؛ لاختلاف عمل النار في السمن، والشمس في التمر، وأن تمتنع الإجارة في ذلك؛ لأنها مجهولة.

وللرءوس ستة شروط: النوع من غنم أو غيرها، والسن، والذكورة والأنوثة، والسمن مشوى أو مغموم، وإن جرت العادة بالوزن كان أضبط. ومنع (ش) و (ح) الأكارع، ويزاد في الأكارع: مقدم أو مؤخر.

وللحيتان ستة شروط:

النوع: لاج أو بورى، والسمن، والصغر والكبر، والجيد والرديء، وموضع الصيد؛ فإن نواحي البحر مختلفة لاختلاف المرعى، والوزن أو التحرى، ويذكر في الكثير: الطول والغلظ.

قال صاحب التنبيهات: تقول في التحرى: أسلم لك فيما إذا تحرى كان كذا، قاله ابن أبي زمنين، وقال غيره: بل يعين إناء ويتحرى ملاؤه[1]. ويقول آخر: فهذا كذا وكذا.

فرع: في الكتاب: يجوز السلم في الخف ونحوه مما يعمل في الأسواق إذا وصفه إلى أجل السلم، ولم يشترط صانعًا بعينه؛ لئلا يتعذر، ولا بما يعمل منه بعينه.

قال سند: قال أشهب: يجوز اشتراط رجل بعينه إذا شرع في العمل؛ لأن الغالب السلامة حينئذ.

ومنع (ش) في خشب النشاب؛ لاختلاف نجابته، ويجوز عندنا كالإجارة عليه، وله أن يشترط عمل فلان إذا كان كثيرًا في الأسواق، ويجوز في سيف صفتُه كذا يضربه من جملة هذا الحديد، والحديد لا يختلف؛ لأنه بيع، ويمتنع أن يقول مع هذا الحديد: تضربه لى سيفًا؛ لأنه سلم، والأول بيع وإجارة، ووافقنا (ح) في السلم في المضروب، وجعل لكل واحد منهما الخيار إذا حضر المضروب؛ لأنه عمل الناس خلفًا وسلفًا، ومنع (ش) ؛ لأنه ليس عينًا ولا صفة في الذمة.

---

(١) في أ: ملئه.

وجوابه: أنه صفة فى الذمة.

قال اللخمى: اشتراط العمل من المعين إن كان لا يختلف صفة، كالقمح يطحن، والثوب يخاط. أو يختلف، إلا أنه يمكن إعادته للمطلوب من غير نقص، كالحديد فى السيف - جاز. فإن اشترى الرصاص امتنع؛ لأنه ينقص فى السبك، وإن كان لا ينضبط فى صفته أو يختلف خروجه، امتنع، كالثوب يشترط صبغه، والغزل يشترط نسجه وإن كان كثيرًا، حتى إذا خالف ببعضه عمل من البعض الآخر، جاز، وحيث أجزنا فيما لا يختلف أو يختلف ويعاد، فلابد من الشروع فى العمل، فإن هلك الثوب أو القمح قبل العمل جرى على التفصيل فى تضمين الصناع.

فرع: قال صاحب المنتقى: يجوز - على ظاهر المدونة - فى صفات السلم: أن يريه عينًا ويقول: على صفة هذا، فترتفع الجهالة. وعن ابن القاسم: المنع؛ لأن مثله من كل وجه يعسر، وهو مقتضى الرؤية التى دخلا عليها.

فرع: قال: يجوز السلم فى الدنانير خلافًا لـ (ح) ؛ لأن كل ما جاز ثمنًا جاز مثمنًا كالعرض.

فرع: قال المازرى: مقتضى أصولنا: جواز اشتراط الأجود من الطعام أو أدناه، خلافًا لـ (ش) فى الأجود؛ لأنه يتعذر.

بل معلوم متيسر عند الناس.

الشرط التاسع - أن يكون إلى أجل:

ويمتنع السلم الحالّ، وقاله (ح) وابن حنبل، وجوز (ش) الحالّ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه - عليه السلام - «اشْتَرَى جَمَلًا مِنْ أَعْرَابِيٍّ بِوَسْقٍ مِنْ تَمْرٍ، فَلَمَّا دَخَلَ الْبَيْتَ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ، فَقَالَ لِلأَعْرَابِيِّ: لَمْ أَجِد التَّمْرَ؛ فَقَالَ الأَعْرَابِيُّ وَاغَدْرَاهُ! فَاسْتَقْرَضَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَأَعْطَاهُ»(١)، فجعل الجمل قبالة وسق فى الذمة، وهذا السلم الحال.

وبالقياس على غيره من البيوع، وبالقياس على الثمن فى البيوع لا يشترط فيه الأجل، ولأنه إذا جاز مؤجلا، فحالًا أولى؛ لأنه أنفى للغرر.

---

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٣٢)، وصححه. والبيهقى فى السنن (٦/ ٢٠)، والبزار (كشف الأستار ١٣٠٩) عن عائشة.

والجواب عن الأول: أنه مخصوص بقوله - عليه السلام - «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[١] وهو أخص من الآية؛ فيقدم عليها، وهو أمر والأمر للوجوب.

وعن الثانى: إن صح فليس بسلم، بل وقع العقدُ على تمر معين موصوف؛ فلذلك قال: لم أجد شيئًا، والذى فى الذمة لا يقال فيه ذلك؛ لِيُسْرِهِ بالشراء، لكن لما رأى رغبة البدوى فى التمر اشترى له تمرًا آخر، ولأنه أدخل الباء على التمر[٢] فيكون ثمنًا لا مُثمنًا؛ لأن الباء من خصائص الثمن[٣].

وعن الثالث: أن البيع موضوعه المكايسة، والتعجيل يناسبها، والسلم موضوعه الرفق، والتعجيل ينافيه، ويبطل مدلول الاسم بالحلول فى السلم، ولايبطل مدلول البيع بالتأجيل؛ فلذلك صحتْ مخالفة قاعدة البيع فى المكايسة بالتأجيل، ولم يصح مخالفة السلم بالتعجيل.

وعن الرابع: أنه جواب الثالث.

وعن الخامس: أن الأولوية فرع الشركة، ولا شركة ههنا، بل القياس؛ لأنه جاز مؤجلا للرفق، والرفق لا يحصل بالحلول بطريق الأولى، بل ينتفى ألبتة.

سلمنا الشركة لكن لا نُسلم عدم الغرر مع الحلول، بل الحلول غرر؛ لأنه إن كان عنده فهو قادر على بيعه حالا، فعدوله إلى السلم قصد للغرر، وإن لم يكن عنده، فالأجل يعينه على تحصيله، والحلول يمنع ذلك، وبقى الغرر، وهذا هو الغالب؛ لأن ثمن المعين أكثر، والغالب: أنه لا يقدر على تحصيل الأكثر فتركه الآن؛ لأنه ليس عنده، فيندرج الحالّ فى الغرر فيمتنع؛ فينعكس عليهم المقصود. ثم نقول: أحد العوضين فى السلم؛ فلا يقع إلا على واحد كالثمن.

تفريع: فى الكتاب: لا يجوز بيع ما ليس عندك إلا لأجل معلوم تتغير فى مثله الأسواق من غير تحديد عند مالك.

قال ابن القاسم: وأرى الخمسة عشر يومًا والعشرين فى البلد الواحد.

وقال (ح): الأجل ثلاثة أيام كالخيار[٤] أو نصف يوم؛ لأنه أقل ما يفترقان فيه من

---

(١) تقدم.

(٢) فى أ: الثمن.

(٣) فى أ: الثمرة.

(٤) فى أ: ثلاثة أما الخيار.

المجلس، فيخرج عن السلم الحالّ.

قال اللخمى: يجوز الحالّ وإلى أجل قريب من شأنه أن يكون فى تلك السلعة، كاللحام والفكاه والرطاب، والحال على أن يقبض فى بلد آخر، وبينهما قريب.

وعن مالك: إجازته إلى اليوم مطلقًا، وعن ابن وهب: إلى اليومين والثلاثة فى الثياب والدواب أحسن من بعيد الأجل.

وتسمية الأجل ثلاثة أقسام: واجبة، وساقطة، ومختلف فيها إذا شرط القبض فى بلد العقد، ولم يكن يقبض المشترى فيه عادة، وساقط إذا كانت عادة؛ لأنها تقوم مقام الشرط، ومختلف فيها إذا لم تكن عادة، وشرط القبض فى غير البلد، فقيل: المسافة بين البلدين كالأجل إذا خرجا على الفور، ويجبران على القبض عند الوصول، وقيل: فاسد، وهو أحسن؛ لأن السلم يتضمن المكان والزمان، فذكر أحدهما لا يغنى عن الآخر.

قال سند: وإذا قلنا: لابد من أجل تتغير فيه الأسواق، فعقدا على خلافه، استحب محمد فسخه؛ لفوات الشرط، ولا يجب للخلاف فيه، ولم يفسخه ابن حبيب.

قال: والقياس: الفساد.

وفى الجواهر: روى ابن عبد الحكم: السلم إلى يوم، فقيل: هى رواية فى السلم الحالّ. وقيل: بل المذهب لا يختلف فى منعه، وإنما هذا خلاف فى مقداره.

الشرط العاشر - أن يكون الأجل معلومًا؛ للحديث المتقدم، ولأن الأجل له جزء من الثمن؛ فهو مبيع، فيكون معلومًا.

قال المازرى: إذا قال: إلى يوم كذا، فالحد: طلوع الفجر، أو فى رمضان، فهو غرور.

قال ابن العطار: يكره - فقط - لاقتضائه المخاصمة ما بين أول الشهر إلى آخره، وللشافعية قولان، ولم أر لأصحابنا المتقدمين فيه نقلا.

قال: وينبغى أن يكون فاسدًا، وأجازه (ح).

وفى الجواهر: يجوز إلى الحصاد، وما تضبطه العادة، ومنع (ش)، و (ح) إلى الحصاد ونحوه؛ لعدم انضباطه عندهما عادة. ويكون الأجل معظم ذلك دون أوله وآخره.

ولو قال: ثلاثة أشهر، تحسب بالأهلة ويكمل الكسر من الرابع ثلاثين. وإلى يوم الجمعة أو رمضان، فأول جزء منه. وفى الجمعة، أو فى رمضان، من أوله إلى آخره، ويكره.

قال القاضى أبو الوليد: إن اختلف بذلك الثمن فسخ، وإلا فلا، وإلى أول يوم فى آخره، فهو السادس عشر، وإلى آخر يوم فى أوله، فهو الخامس عشر.

الشرط الحادى عشر - أن يكون الأجل المشترط زمان وجوده:

احترازًا من السلم فى فاكهة الشتاء لأجل فى الصيف، وبالعكس، ونحو ذلك؛ فإنه غرر فيمتنع.

الشرط الثانى عشر - أن يكون مأمون التسليم عند الأجل:

احترازًا من الموجود عند الأجل، لكنه يتوقع العجز عنه؛ لئلا يكون الثمن تارة بيعًا وتارة سلفًا.

قاعدة: السلف: رخص فيه صاحب الشرع لمصلحة المعروف بين العباد، فاستثناه لذلك من قاعدة الربا فى النقدين وغيرهما؛ لعدم التناجز فيه. فإن فُعِلَ لغير المعروف امتنع، فإذا آل أمرُ الثمن إلى السلف، مع أنه لم يقصد به المعروف أولا، امتنع؛ لفقدان المعنى الذى لأجله استثناه الشرع من المحرمات. أو لأن ما شأنه أن يكون لله، إذا وقع لغير الله امتنع. ويفيدنا هذا فى غير الربويات، فلهذه القاعدة يعلل الأصحاب بقولهم: يلزم أن يكون الثمن تارة بيعًا وتارة سلفًا.

فرع: فى الكتاب: يمنع السلم فى حائط بعينه قبل زَهوه، ليأخذه بُسرًا أو رُطبا؛ لتوقع هلاكه قبل ذلك، وإنما يجوز إذا كان أزهى؛ لأنه مأمون حينئذ.

فرع: قال: يمنع فى نسل الحيون بعينه بصفة وإن كانت حوامل؛ لعدم الوثوق بتسليمه(١)، وإنما يصح مضمونًا، وكذلك اللبن والصوف إلا فى الإبان؛ لأنه مأمون حينئذ، ويشترط الأخذ فى الإبان، وإن لم ينفذ إذا شرع فى الأخذ فى يومه إلى أيام يسيرة؛ لأنه بيع لا سلم، فإن سلف فى لبنها قبل الإبان، واشترط الأخذ فيه، امتنع لعدم الوثوق بالتسليم.

---

(١) فى ط: بنسله.

قال اللخمى: يجوز فى نسل[(١)] الحيوان المعين الموصوف إذا لم يقدم رأس المال، وكان الوضع قريبًا، فإن خرج على الصفة دفع الثمن، وإلا فلا غرر، ولا يكون الثمن تارة بيعًا وتارة سلفًا فيجوز، ويختلف إذا كان الوضع بعيدًا:
فأصل ابن القاسم: المنعُ؛ لتردد الثمن بين السلف والثمن.

وأصل غيره: الجواز إذا كانت الغنم كثيرة، فيجوز السلم فى لبنها فى الإبان، وشراؤه جزافًا بعد اختباره، وإن كانت كالشاتين جاز السلم فى نصف لبنها، وما الغالب حصوله منها. وكره شراء جملته؛ لتوقع اختلافه، بخلاف الكثير يحصل بعضه بعضًا، ولم يكره مرة أخرى؛ لأن الأصل: بقاؤه على حاله، فإن نقص بعضها عن المعتاد حط من الثمن بقدره، فإن أضر بها الحلاب جملة، كان لصاحبها الفسخ، وكذلك الغنم الكثيرة إذا أخذها الجذب[(٢)]. ويجوز السلم فى جبن الغنم المعينة وزبدها؛ لأنه يعلم صفته. واختلف فى السمن والأقط: أجازه ابن القاسم، وكرهه أشهب؛ لاختلافهما.

قال ابن يونس: كرهه لبعده، كاشتراط أخذ الزهو تمرًا، أو كشراء الزيتون على [أن على][(٣)] بائعه عصره، فلا تعلم صفته.

وفى الجواهر: يمتنع السلم فى نسل حيوان بعينه وإن وصفه.

وقال أبو القاسم التوزى: إذا لم ينقد وشرط: إن وافق العقد أخذه جاز، وإلا فقولان يتخرجان من كراء الأرض الغرقة.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترى جزاز كباشٍ معينة، فيصابُ بعضها قبل الجز، قال مالك: له مقال؛ لعدم التسليم.

قال ابن يونس: ذلك إذا فقدت أعيانها بالبيع أو غيره، أما بالموت: فللمشترى صوفُها؛ لأنه لا ينجُس بالموت إلا أن يكون مكروهًا عند الناس.

قال بعض الأصحاب: لعله يعنى: إذا اشتراه وزنًا، أما جزافا: فلا يوضع شىء من الثمن.

---

(١) فى أ: تسليم.
(٢) فى ط: الجرب.
(٣) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: يجوز السلم فيما ينقطع فى بعض السنة، ويشترط أخذه فى إبانه.

قال سند: له ثلاث حالات:

يسلم فى الإبان بشرط الأخذ فيه؛ فيجوز اتفاقًا.

وإن اشترط أخذه فى غير إبانه امتنع اتفاقًا [أسلم فى الإبَّان أم لا](1)، وإن أسلم فى غير إبان، واشترط أخذه فى الإبان، أجازه مالك، و (ش)، وابن حنبل، واشترط (ح): استقرار المسلم فيه من حين العقد إلى زمان التسليم؛ لاحتمال موت البائع، فيحل السلم بموته، فلا يؤخذ المسلم فيه، ولأنه إذا كان معدومًا قبل الأجل وجب أن يكون معدومًا عنده؛ عملًا بالاستصحاب، فيكون غررًا؛ فيمتنع إجماعًا.

ولأنه غائب عند العقد فيمتنع فى المعدوم كبيع الغائب على الصفة، ولأن العدم أبلغ من الجهالة، فيبطل، قياسًا عليها بطريق الأولى؛ لأن المجهول الموجود له ثبوت من بعض الوجوه، بخلاف المعدوم، نفى محض، ولأن ابتداء العقود آكد من انتهائها؛ بدليل اشتراط الولى وغيره فى ابتداء النكاح، ومنافاة اشتراط أجل معلوم فيه، وهو نكاح المتعة؛ فينافى التحريم أوله دون آخره، وكذلك البيع يشترط أن يكون المبيع معلومًا مع شروط كثيرة عند العقد، ولا يشترط ذلك بعد ذلك، فكل ما نافى آخر العقد نافى أوله، من غير عكس، والعدم ينافى عقد الأجل فينافى العقد.

والجواب عن الأول: أنه لو اعتبر لكان الأجل فى السلم مجهولًا؛ لاحتمال الموت، فيلزم بطلان كل سلم، وكذلك البيع بثمن إلى أجل، بل الأصل: العدم إلى حين التسليم، فإن وقع وقعت الشركة إلى الإبان، فإن الموت لا يفسد البيع، ولعدم الوجود يمتنع التعجيل، فإن كان عليه دين لم يلزم الغرماء الصبر إلى الإبان، ويحاصصوا المشترى، فما نابه وقف، فإن اتفق [مع](2) الورثة على أصل القيمة، جاز إن كان مما يجوز بيعه قبل قبضه، وإلا فلا. وتوقف القيمة إلى الإبان فيشترى بها ماله، ولا يرجع على الغرماء فى غلاء أو رخص؛ لأنه حكم الفصل إلا أن يفضل عنه شىء؛ فللغرماء.

---

(1) فى الأصول: السلم فى الإبان أم، قولان. ولعل صواب العبارة ما ذكرنا.

(2) سقط فى أ.

وعن الثانى: ان الاستصحاب يعارض بالغالب؛ فإن الغالب وجود الأعيان فى إبانها.

وعن الثالث: أن الحاجة تدعو إلى العدم فى السلم بخلاف بيع الغائب، لا ضرورة تدعو إلى ادعاء وجوده، بل يجعله سلما؛ فلا يلزم من ارتكاب الغرر للحاجة ارتكابه لغيرها؛ فلا يحصل مقصود الشرع من الرفق فى السلم إلا مع العدم، وإلا فالموجود يباع بأكثر من ثمن السلم.

وعن الرابع: أن المالية منضبطة - مع العدم بالصفات، وهى مقصود عقود التنمية، بخلاف الجهالة، ثم ينتقض ما ذكرتم[١] بالإجارة، تمنعها الجهالة دون العدم.

وعن الخامس: أنا نُسلم أن ابتداء العقود آكد فى نظر الشرع، لكن آكد من استمرار آثارها ونظيرها هنا بعد القبض، وإلا فكل ما يشترط من أسباب المالية عند العقد يشترط فى المعقود عليه عند التسليم، وعدم المعقود عليه عند العقد مع وجود المعقود عليه فى زمن التسليم، لا مدخل له فى المالية ألبتة، بل المالية مضمونة[٢] بوجود المعقود عليه عند التسليم، فهذا العدم - حينئذ - طردى؛ فلا يعتبر فى الابتداء ولا فى الانتهاء مطلقًا، ثم يتأكد مذهبنا بالحديث الصحيح: أنه - عليه السلام - «قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَوَجَدَهُمْ يُسْلِفُونَ فِى الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» يدل من وجوه:

أحدها: أن ثمر السنتين معدوم.

وثانيها: أنه أطلق ولم يفرق.

وثالثها: أن الوجود لو كان شرطًا لبينَّه؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع، ولأنه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه؛ فلا يعتبر وجوده كما بعد الأجل؛ لأن القدرة على التسليم إنما بطلت فى وقت اقتضاه العقد، أما ما [لم][٣]

---

(١) فى ط: ذكر المعقود.
(٢) فى أ: مقصود.
(٣) سقط فى ط.

يقتضه: فيستوى قبل الأجل؛ لتوقع الموت، وبعده؛ لتعذر الوجود، فيتأخر القبض، وكما أن أحدهما مُلْغى إجماعًا؛ فكذلك الآخر، وقياسًا على عدم أثمان بيوع الآجال قبل محلها.

فرع: فى الكتاب: يجوز السلم فى طعام قرية كبيرة بعينها، أو ثمرها، أو غيرهما فى أى وقت شاء، ويشترط الأخذ فى أى وقت شاء، إذا كانت لا تخلو من ذلك، وأما ما ينقطع: كالبُسر فيشترط أخذه فى إبانه؛ نفيًا للغرر، ويجوز السلم فى ذلك لمن ليس له فيها ملك، لقدرته على الشراء منها.

الشرط الثالث عشر - أن يكون المسلم فيه دينًا فى الذمة:

احترازًا من بيع المعين الذى يتأخر قبضه. وفى الكتاب: يمتنع السلم فى سلعة معينة يتأخر قبضها أجلًا بعيدًا؛ خشية هلاكها قبله، ويجوز لليومين؛ لقربهما.

قال أبو الطاهر: إلا أن يشترط الانتفاع بالمبيع؛ فيجوز ما لا غرر فيه: كاليومين فى الدابة، والثلاث فى الثوب، والشهر فى الدار، وأكثر من ذلك فى الأرض.

قال اللخمى: فإن أسقط الأجل - حيث قلنا بالفساد - اختلف فى الإمضاء.

قال: وأراه جائزًا إذا رضيا، وكأنه عقد مبتدأ، أو إذا قال: هو من ضمانى عندك، جاز.

قال أبو الطاهر: بل يمتنع؛ لأنه زاد الضمان ثمنًا، والضمان لا يقبل المعاوضة.

قال سند: والفرق بين هذا، وبين قول ابن القاسم فى كراء الدابة: ويشترط ألا يقبض إلى شهر - [أنّ][(١)] الأصل: ضمان المبيع من المشترى؛ فبقاؤه عند البائع يناقض العقد، والعين المستأجرة منافعها للأجير حتى يستوفى؛ فلم يناقض العقد.

وإذا صححنا الشرط فالضمان فى المدة من البائع استصحابًا لضمانه لسلعته، وكذلك حيث استثنى ما لا يجوز من المدة، فهلكت عنده، وإن هلكت عند المشترى بعد المدة، فهى منه، كالبيع الفاسد يتصل به القبض، ثم يهلك. وإن هلكت بيده، وقد قبضها فى المدة، فكذلك عند أصبغ، وقاله ابن القاسم، وجعله كالقبض فى شرط الخيار فى الكراء الفاسد.

قال اللخمى: [اختلف][(٢)] إذا لم ينقد فى العين المتأخر قبضها، وقال: إن

(١) فى الأصول: بل إن. ولعل الصواب ما ذكرنا.
(٢) سقط فى أ.

صارت فى ملكى فهى لى بكذا.

قال: والجواز أحسن؛ لعدم الغرر.

قاعدة: الغرر فى المبيع سبعة أقسام:

فى الوجود: كالآبق.

والحصول: كالطائر فى الهواء.

والجنس: كالسلعة(١) لم يسمها.

والنوع: كعبد لم يعينه.

والمقدار: كبيع ما [لم](٢) تصل إليه رمية الحجر.

والتعيين: كبيع ثوب من ثوبين.

والبقاء: كبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

وبيع المعين يتأخر قبضه من غرر البقاء كالثمار؛ فلذلك امتنع.

قاعدة: السلف شرع للمعروف، مستثنى من قواعد الربا؛ قربة إلى الله - تعالى - فيمنع فى المكايسة حيث انتفى المعروف، لوقوع المفسدة مع عدم معارضتها من المصلحة، أو لأنهم أوقعوا ما لله لغير الله(٣)، وقد تقدم بسط هذه القاعدة، وهذه المسألة مبنية عليها أيضًا؛ لأنه على تقدير تعذر التسليم يكون الثمن سلفًا.

قاعدة: الأصل فى الأسباب الشرعية: أن ترتب عليها مُسبباتها؛ تحصيلًا لحكم تلك الأسباب، فإذا تأخر قبض المعين توقعنا هلاكه قبل ترتب حكم السبب الشرعى الذى هو الانتفاع بالملك، قد ثبت حكم السبب مضافًا إلى تهمة البائع فى التعدى.

فرع: فى الكتاب: يمتنع السلم فى حائط بعينه قبل زهوه ليأخذه بُسرًا أو تمرًا؛ لتوقع الهلاك قبل ذلك، وإنما يجوز إذا أزهى؛ لأنه مأمون حينئذ، ويضرب أجلا، وما يأخذ كل يوم، وهل يأخذ بسرًا أو رطبًا؛ نفيًا للجهالة، وسواء نقد أم لا؛ لأنه

---

(١) فى ط: كسلعة.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: لغيره.

شرع فى الأخذ وليس دينًا بدين، وهو عند مالك بيع لا سلم؛ لأن السلم يكون فى الذمة، وهذا معين يتأخر قبضه، وتأخره خمسة عشر يومًا قريب؛ لأنها عوائد الناس فى قبض مثل هذا شيئًا فشيئًا للضرورة، فإن شرط أخذه تمرًا، امتنع لبعده؛ ولا يشترط أن يأخذ كل يوم ما شاء؛ للجهالة فى الأجل.

قال صاحب التنبيهات: القرية الصغيرة كالحائط المعين، لكن يجب تعجيل الثمن فيها؛ لأن بيعه فى الذمة فهو سلم.

قال اللخمى: للحائط ستة شروط: أن يكون قد أزهى، وأن يشترط أخذه بسرًا أو رطبًا، وأن يبين أجل الأخذ، فإن ذكر أيامًا بيّن أعدادها وتواليها ومبدأها ومنتهاها، وأن يذكر ما يأخذ كل يوم، وألا يتعذر أخذه فى وقته، وأن يبقى ذلك إلى آخر الأيام، فإن شك فى تبين ذلك فى وقته أو بقائه إلى آخر الأيام، امتنع، فإن أسلم فى تمر حائط بعد الإزهاء والإرطاب؛ ليأخذه تمرًا، كرهه فى الكتاب من غير تحريم، ويفسخ ما لم يكن يبيض.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا أسلم فى حائط بعينه؛ ليأخذ زهوًا أو رطبًا فى يوم بعينه، ثم رضى صاحب الحائط أن يقدم ذلك قبل الأجل - جاز إن رضى المشترى، وكان صفته، فأجازه مع أنه طعام بطعام ليس يدًا بيد. [وإن قصد المبايعة](1)، لكن راعى المعروف؛ ليتصرف البائع فى حائطه، ويأمن الرجوع بالجوائح، جاز أيضًا. وإن قصد أن يرجع بمثل ما دفع، امتنع، إلا أن يكون سلفًا.

فرع: قال: إذا أسلم فى رُطَبِ حائطٍ بعينه فأجيح، انفسخ اتفاقًا؛ لأن المبيع معين كالعُروض، وكذلك القرية الصغيرة.

[و](2) قال أبو الطاهر: هل يشترط أن يكون البائع مالكًا لثَمْرها كالحائط؟ قولان للمتأخرين، أجرى عليهما ابن محرز تقديم رأس المال. فعلى القول بالاشتراط: لا يلزم كالحائط المعين، وعلى الآخر: يلزم؛ لأنه سلم، وهو خلاف فى حالٍّ إن أمكن المسلم إليه الشراء: كان سلما، وإلا فكالحائط.

قال صاحب التنبيهات: قال ابن محرز: يجب تقديم رأس المال جزمًا، وسوّى

---

(1) سقط فى أ.

(2) سقط فى ط.

أبو محمد فى الجواب بين إسلامه فى حائط معين وقد أزهى أو أرطب، وقال: معنى ما فى الكتاب: يكره بدءًا ويمضى إذا ترك.

وقال ابن شبلون: بل الفرق بينهما فى الكتاب، فيفسخ إذا أزهى، بخلاف إذا أرطب. ففرق بين المسألتين فى الكتاب.

فرع: فى الكتاب: يمنع السلم فى زرع أرض معينة بدا صلاحها، بخلاف التمر؛ لأن التمر يشترط أخذه بُسرًا أو رطبًا، ويمتنع تأخير الزرع حتى ييبس؛ لأنه غير مأمون الآفات قبل اليبس، فإن فات مضى.

قال سند: اختلف بما يفوت: فروى أشهب: بالعقد؛ لأن الإفراك صلاحه، فتكون الكراهة خفيفة. وقيل بالقبض؛ لقوة الملك بالقبض. وعن ابن عبد الحكم: يفسخ مطلقًا؛ كبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

وصلاح الحب يبسه[1]؛ لنهيه - عليه السلام - عَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَبْيَضَّ[2].

الشرط الرابع عشر - تعيين مكان القبض:

قال المازرى: يستحب؛ دفعًا للنزاع، وهو ظاهر المدونة وكلام الأصحاب، وهو مبسوط فى البحث عن مكان القبض، فليطالع من هناك. وأوجبه (ح) ؛ لأن الأسعار تختلف باختلاف البلاد، كالاختلاف بالأزمان، فيجب المكان؛ قياسًا على الزمان.

وجوابه: الفرق بأن من مقصود السلم الزمان دون المكان فى العادة، وكذلك القرض؛ لأن الناس يستلفون لزمان معين، ويسلمون له دون المكان؛ فإن المقصود تجرد الأرزاق المعينة على الوفاء، والرزق فى الغالب يتجدد بتجدد الزمان دون المكان، فإن وقع فى المكان فهو لتجدد الزمان، وكذلك إن تعلق الأمل بالسعادة والأرزاق فى الزمان المستقبل دون المكان، فالناس كلهم يُؤَمِّلون فى المستقبل، وليس كل الناس يؤملون مكانًا معينًا؛ فلذلك كان الزمان مقصودًا دون المكان،

---

(١) فى أ: تيبيسه.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٣٥/٥٠)، وأبو داود فى السنن فى (٢/ ٢٥٢) فى كتاب البيوع: باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٦٨)، والترمذى (٣/ ٥٢٩) فى البيوع: باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها (١١٢٧)، وقال: فى الباب عن أنس وعائشة وأبى هريرة وابن عباس وجابر وأبى سعيد وزيد بن ثابت وقال حديث ابن عمر حديث حسن صحيح وأخرجه النسائى (٧/ ٢٧١) فى البيوع: باب بيع السنبل حتى يبيض، وأحمد فى المسند (٢/ ٥).

ولذلك لم [ينبه ﷺ عليه](١). بل قال: «إلى أجل معلوم»، ولم يقل: إلى مكان معلوم.

النظر الثانى - فيما يقترن بالعقد من وكالة وكفالة ونحوهما.

وفى الكتاب: إذا وكلته فأسلم لولده أو لغيره [صح فى كل أحد بغير محاباة إلا فى نفسه أو شريكه المفاوض له؛ لأنه كنفسه](٢)، أو من يلى عليه من ولد أو يتيم أو سفيه ونحوه؛ لأن مقصود الوكيل توفير النظر للموكل، وهو متعذر فى هذه الصور، فالوكيل معزول عنها؛ فلا ينعقد التصرف مع العزل، وقاله (ش)، و (ح).

قال سند: ويختلف فيه، كالمرأة تقول لوليها: زوجنى ممن شئت، ومنع أبو عمران [فى](٣) عبده ومدبره وأم ولده، وأجازه فى الكتاب إذا انتفت المحاباة. فإن باعها من نفسه، ثم باع فربح:

قال ابن حبيب: الربح للأول إلا أن تكون القيمة أكثر، وإن أعطيناه حكم البيع الفاسد نفذ البيع الثانى.

فرع: فى الكتاب: إذا وكلته ليسلم دراهم فى طعام، فأسلمها فى بساط، أو زاد فى الثمن غير المعتاد - لا تجيز فعله؛ لصيرورة الدراهم دينًا عليه بالتعدى، ففسخها(٤) فى السلم فسخ دين فى دين، وبيع منه الطعام الذى وجب له قبل قبضه، وإذا لم يدفع له دراهم، صحت الإجارة، وامتنع تأخيره إياك بالثمن؛ لأنه بيع للمبيع - الذى هو دين له - بدين عليك.

قال سند: إن علم بالعقد فلم ينكره فهو رضًا به، أو علم بعدُ بالعقد قبل تسليم الثمن، خُيِّر فى الإمضاء، فإن امتنع ولم يبين الوكيل للبائع أنه متعد كان عقدًا موقوفًا يجوز فى مدة يجوز تأخير النقد فيها، فإن لم يبين ولم ينقد، خير الآمر؛ لعدم التعدى على الثمن، فإن تعدى فيه وشهدت البينة بعينه، خير بين أخذه وبقى البساط للمأمور، وبين تركه وتغريمه للوكيل، لا بسبب التعدى، وله إمضاء العقد؛ لعدم تعينه دينا، فإن فاتت عينُ الثمن فهى مسألة الكتاب.

---

(١) فى الأصول: يثبته ﷺ لعبده. ولعل ما ذكرناه أصوب.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: فيفسخها.

قال اللخمى، عن مالك: له إجازة العقد فى البساط مطلقًا. وإن لم ينظر فيه حتى حل الأجل، له أخذه، قولًا واحدًا.

قال ابن يونس: متى كان فى البساط فضل إن بيع بنقد، فله بيعه وأخذ الفضل، اتفاقًا؛ لأن كل مأذون له فى تحريك المال لا يكون له فضله[١] والآمر مقدم عليه فيه.

فرع: فى الكتاب: إذا هلك رهن السلم الذى يغاب عليه فضمانه منك، وله مقاصته من السلم بما وجب له عليك، إلا أن يكون [الرهن أحد النقدين، إلا أن يكون][٢] رأس مال السلم غيرهما، وإن كان السلم فى طعام، امتنع مطلقًا؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وليس إقالة ولا شركة ولا تولية.

قال سند: إن كانت المقاصة عند حلول الأجل اعتبر أمران: جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه، وأن تكون قيمة الرهن يجوز أخذها فى رأس مال السلم، وقبل الأجل يراعى معهما أن يكون الرهن من غير جنس المسلم فيه، فإن كان الرهن والثمن عينين من جنس، وكان الرهن فى العقد، أجازه أكثر الأصحاب إذا طبع عليه، ومنعه التونسى؛ لأنه آل الرهن إلى تأخير رأس المال بشرط، فيفسد.

وجوابه: أن الختم يبطل هذه التهمة، ومنعُ ابن القاسم منع اتحاد الجنس: محمول على تأخيره بعد العقد والمخالفة[٣] فى الصفة للتهمة فى الصرف الفاسد، فإن استوت الصفة والجنس، انتفت التهمة.

قال ابن يونس: لو كان الرهن فى طعام قرض، جازت المقاصة؛ لِجواز بيعه قبل قبضه.

قال محمد: تمتنع المقاصة مطلقًا، كيف كان الرهن، وكيف كان رأس المال؛ لأن الرهن لو ثبت تلفه بالبينة سقط، فلا مقاصة، وإن لم يتلف فهو عندك؛ فلا يحل لك أن تقول له: احبس ما عندك من الطعام بسلعة هى لك.

قال سند: لو كان الرهن من جنس المسلم فيه جاز أخذه عن المسلم فيه، إن كان قائمًا بيدك أو عند أمين.

قال صاحب التنبيهات: جوز فى الكتاب رهن طعام فى سلم فى مثله. فتأول ابن

---

(١) فى ط: فضل.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: مخالفة.

الكاتب فيها جواز رهن مثل رأس المال، وخالفه؛ لأنه تأخير رأس المال.

فرع: فى الكتاب: إن مات كفيل السلم قبل الأجل، حل بموته؛ لأنه كالغريم، والذمم تخرب بالموت، ولا يحُل بموتك ورثتُك مكانَك؛ لأنه من حق الأموال فتنتقل إليهم.

قال سند: منع ابن حنبل الكفالة؛ لأنها تؤدى إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، كالحوالة، وهو يلزم (ش) و (ح) ؛ لأنهما يمنعان بيع المسلم فيه مطلقًا، ونحن نجيز البيع والحوالة فى الجملة، وفرقا بأن الحوالة تطالب فيها ببدل حقك، و فى الحمالة بنفس حقك، ويحلول المؤجلات بالموت، قاله الأئمة.

قاعدة:

الحقوق قسمان:

ما لا ينتقل بالموت: كالنكاح والتمليك والتخيير والوكالة.

وما ينتقل: كالشفعة والرد بالعيب والرهن.

وضابط البابين: أن المنتقل: الأموال وحقوقها؛ لأنهم يرثون الأموال فيرثون ما يتبعها، والخاصة ببدنه وآرائه لا تنتقل؛ لأنهم لا يرثون بدنه ولا عقله.

فرع: فى الكتاب: للكفيل مصالحتك عن العُروض بالعروض المخالفة لها، وبالطعام والعين نقدًا إذا اشترى لنفسه. إن كان الغريم حاضرًا مقرًا، نفيًا للغرر؛ لأن بيع العروض قبل قبضها جائز، وإن كان الغريم بالخيار إن شاء أعطاه ما عليه: امتنع؛ لأنه غرر، ومنع (ش) و (ح) بيع الدين قبل أجله؛ لقوله - عليه السلام - فى أبى داود: «مَنْ أُسْلِفَ فِى شَىْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَىَ غَيْرِهِ»(1).

وجوابهم:ا: الضمير عائد على المسلم فيه، فنهى عن فسخ الدين فى الدين.

قال سند: فى المدونة(2): ولا تجوز مصالحة الغريم بأكثر من رأس المال؛

---

(1) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٦) فى كتاب البيوع: باب السلف لا يحول (٣٤٦٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٦٦) فى التجارات: باب من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره (٢٢٨٣)، قال المنذرى وأخرجه ابن ماجه وعطية بن سعيد لا يحتج بحديثه قال العلقمى الحديث ضعيف وروى الدارقطنى أن النبى ﷺ قال من أسلف فى شىء فلا يأخذ إلا ما سلف فيه أو رأس ماله وهو ضعيف أيضًا.

(2) فى ط: الموازية.

تنزيلًا له منزلتك. وجوزه التونسى وغيره، وهو الأظهر؛ تنزيلًا للكفيل منزلة الأجنبى، والشبهان فى الكفيل.

وعن مالك: إذا ثبت الدين ببينة وعلم حياة الغريم، جاز بيعه، ولا يشترط حضوره؛ لأن الظاهر تحققه، فالغرر منتفٍ، وإذا اشترطنا الحضور على ما فى الكتاب: فمعناه: إذا كان قبل الأجل، أما عند الأجل: فقد توجه الحق على الكفيل، فله تخليصُ نفسه، فإن صَالح الكفيل الغريم - لا لنفسه - بأمرك[1]: جاز بما تجوز به مصالحة الغريم، أو بغير أمرك وأعلمك، فهو عَقد موقوف يمتنع فيما يمتنع فيه الخيار، ويمتنع - على أصل ابن القاسم - مطلقًا، كما تمتنع الإقالة فى السلم على الخيار، وفسخ الدين فى شىء فيه خيار. ويجوز على أصل أشهب، فإن لم يعلمك، فأجازه ابن القاسم مرة، وألزم الغريم الأقل من الدين، أو ما صالح به الكفيل، ومنعه مرة، ورآه غررًا، ومنعه مرة؛ لأن الكفيل لا يعلم ما يختار الغريم وجعله محمد كالوكيل ينفذ، فإذا حل الأجل وقبض السلم، بيع، واشترى الكفيل ما دفع، والزيادة للمكفول، أو النقص من الكفيل. وهذا الخلاف إذا دفع مثليًا، أما المقدم والذى يقتضى فيه بجنس غير قيمته، فكذلك أيضًا، فإن كان دنانير أو دراهم وقيمة ما صُولحَ عليه كذلك، جاز، قولا واحدًا؛ لنفى الغرر.

قال صاحب النكت: معنى قوله: إن كان الغريم بالخيار، أى: يصالح عنه، ثم يعرفه، فإن تصالح عنه بعروض خلاف العروض التى عليه، أو بأحد النقدين، فيمتنع؛ لأنه لا يدرى ما يعطيه الغريم، إلا أن يعطى مثل ما عليه دون ما يرجع فيه إلى التقويم؛ لأن البيع بالتقويم ممنوع.

فرع: فى الكتاب: إن صالحه الكفيل قبل الأجل على مثل عروض السلم، جاز، أو أقل أو أكثر أو أجود أو أدنى، امتنع؛ لأنه فى الأدنى سلف بزيادة، والأعلى زيادة على ضمان الأدنى.

قال سند: والمصالحة بغير البلد كقبل الأجل.

فرع: فى الكتاب: لا يصالح المتكفل بطعام قبل الأجل إلا بمثل رأس المال، فيكون تولية أو إقالة للغريم برضاه، وتمتنع إقالة الكفيل والأجنبى[2] بغير رضاه؛

(١) فى ط: بأمره.
(٢) فى أ: بالأجنبى.

لأنه يتخير، فإن رضى فهو بيع الطعام قبل قبضه.

فرع: قال: يجوز أخذك قبل الأجل أو بعده مثل طعامك؛ لتعلق الحق به، ويمتنع من الأجنبى؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، ولو اقترض مثل طعامك من الأجنبى، وأحاله به عليه، ولم تسأل أنت الأجنبى، جاز قبل الأجل وبعده؛ لأنه ملك الطعام بالقرض، فله تعجيله، ويمتنع أن يقترض مثل طعامك، ويحيل به على طعامك؛ لأن الحوالة بيع قبل قبضه، ويمتنع أخذك من الغريم أو من الكفيل قبل الأجل أجود أو أدنى؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وضع وتعجل، ويجوز من الغريم إذا حل الأجل؛ لأنه حسن قضاء، أو اقتضاء دون الغرِيم؛ لأنه بيع لا يرجع بما أدى[(١)].

قال سند: إذا دفع الكفيل ما عليه رجع بمثله، فإن دفع طعامًا، رجع به، أو اشترى طعامًا، رجع بثمنه، وإن كان أجحف به إذا تغيب الغريم؛ لأنه أوقعه فى الشراء إن كانت [الكفالة][(٢)] بإذنه، وإلا بما عليه فقط؛ لأن فعله لا يجيزه متجرًا، بل معروفًا، ويجوز اتفاقه مع الغريم على ثمن الطعام، قاله محمد؛ لأنه كالقرض لذلك الطعام [لا][(٣)] كالبائع.

فرع: فى الكتاب: للكفيل بعد الأجل المطالبة دون قبض الطعام؛ لأنه ليس وكيلًا، فإن قبضه لك فتلف عنده ضمنه، قامت بينة أم لا، [تبرع الغريم بذلك أم لا][(٤)]، طالبه الكفيل بقضاء السلطان أم لا؛ لأنه ليس أمينًا ولا وكيلًا، فيده مضمنة، وإن أخذه بطريق الوكالة، لم يضمن؛ لأنه وكيل للغريم، والوكيل أمين لا يضمن.

قال صاحب النكت: طرح سحنون قضاء[(٥)] السلطان؛ لأن السلطان لا مدخل له ههنا، وقال غيره: معناه: يكون صاحب الحق غائبًا غيبة بعيدة، وحل الأجل، فتقاضاه الكفيل[(٦)]، وخشى أن يغرم هذا الغريم الحاضر قبل قدوم الغائب، فإن كان

---

(١) فى ط: ودى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: أيضًا.
(٦) فى ط: الوكيل.

مليا لم يتعرض له، وإلا قضى السلطان عليه بالحق، وأخذه منه وجعله على يد أمين، أو الكفيل إن كان أمينًا.

قال سند: ليس للمكفول مطالبته بما دفعه له على أنه اقتضاء؛ لأنه فى ضمانه لم يتعد فيه إن باعه، وله ذلك فى الرسالة؛ لتعديه بالبيع، فلو باع المقبوض بالرسالة وغرمه للطالب، فله أن يدفع له طعامًا مثل ما قضى عنه، ويطالبه بالثمن، ولو وكل الطالب الكفيل، فقبض وباع، فللطالب إمضاءُ البيع دون المكفول؛ لتعين الطعام للطالب بالقبض، ويمنع أن يعطيه دراهم ليشترى، ويعطى الطالب من عنده؛ لأنه بيع للطعام قبل قبضه، كما لو اشترى طعامًا من أجنبى وأحال عليه.

ولو دفع دنانير واشترى بها طعامًا ويقضيه عنه، فدفع الكفيل الطعام من عنده، وحبس الثمن بعد أن علم الغريم بذلك قبل كيل الطعام، فرضى - امتنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه. ولو دفعه بغير علمه فأجازه، جاز؛ لأنه مقرض. ولو وكله المكفول على الشراء والدفع ووكله الطالب على القبض، منعه ابن القاسم؛ لأن قبضه لأحدهما قبض للآخر، كما لو قال المكفول للطالب: أنا أشترى هذا الطعام، واقبضه أنت، وهو بيع للطعام قبل قبضه، وأجازه أشهب، كما لو قبضه الطالب.

فرع: فى الكتاب: لو باعه الكفيل امتنعت إجازتك البيع؛ لأنك لم توكله على البيع، فهو بيع الطعام قبل قبضه، ولك مطالبة الغريم والكفيل، فللغريم أخذ الثمن منه إن دفعه على الرسالة؛ لأنه متعدٍّ عليه، وله أخذه بمثل الطعام؛ لأنه مثلى، وإن أخذت الكفيل بالطعام، فليس للغريم أخذ الثمن منه، ودفع مثل الطعام إن قبضه اقتضاء؛ لأنه ضمنه، فله الثمن.

فرع: فى الكتاب: تمتنع الكفالة برأس المال؛ لأنه غرر، ولا يدرى: أيحصل له رأس المال، أو المسلم فيه؟

قال ابن يونس: قال سحنون: لو كانت الحمالة بعد العقد فسخت، كما قبل العقد؛ لأن معناها: إن لم يوجد الطعام دفعت لك رأس مالك، فهى إقالة فاسدة؛ لأن من شرط الإقالة فى الطعام: النقد، وقيل: إن فهم أنه يشترى له برأس المال طعامًا، جاز.

قال محمد: ولو قال: علىّ مائة درهم إن لم آت به، فلم يأت به، اشترى بالمائة طعام الطالب، فإن فضل منها شىء، رد للكفيل، وإن نقصت، لم يكن عليه غيرها.

قال ابن القاسم: فإن ضاعت قبل الشراء، فهى من المكفول، ولا يكون على الكفيل منها شىء للطالب؛ لأنه أداها.

قال سند: إن قصد بضمان الثمن ضمان المسلم فيه بقدر الثمن، بمعنى: إن لم يوفك عند الأجل وفيتك بمقدار الثمن، وما نقص الثمن عنه لا يلزمنى - أجازه عبد الحق وغيره؛ لأن المسلم فيه حاصل جزمًا أو أكثره، بخلاف ما فى الكتاب، وقيل: يمتنع هذا؛ للجهل بما يشترى من الثمن.

وجوابه[1]: أن هذا كالرهن لا يدرى هل يوفى أم لا؟ ومع ذلك يجوز إجماعًا.

وإذا وقعت الكفالة الفاسدة فسخ العقد ورد الثمن، فإن تعذر رده لا يلزمه شىء - عند ابن القاسم - لفساد الحمالة، ويلزمه عند غيره.

فرع: فى الكتاب: تجوز الزيادة فى الثمن - بعد الأجل - على أن يعطيك أطول من ثوبك أو أحسن صفة، إذا تعجلت الزيادة؛ لأنها فى معنى رأس المال، ويمتنع استرجاع بعض الثمن ليأخذ أدنى، إن كان الثمن لا يُعرف بعينه، وقد غاب عليه؛ خشية أنك أسلفته هذا المردود، فيكون بيعًا وسلفًا. قال صاحب النكت: إذا زدته قبل الأجل؛ لتأخذ أطول، جاز عند ابن القاسم؛ لأنهما صفقتان بشرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم فأكثر، وإلا امتنع؛ لأنه سلم حال فيما ليس عندك، ولو كان لتعطيه أرق أو أصفق، امتنع؛ لأن الخروج عن الصفة فسخ دين فى دين، وفى زيادة الأطول حصل الأول مع غيره فلم يفسخ، ومنعه سحنون مطلقًا، ورآه فسخ دين فى دين، وجوزه فى الإجارة؛ لأنها فى شىء بعينه، وفيه نظر؛ لأنه لو مات الأجير لوصى[2] على ذلك من ماله، فهى ذمته لا فى شىء بعينه؛ فهى والسلم سواء.

قال سند: قوله: يمتنع استرجاع بعض الثمن ليأخذ أدنى، ليس شرطًا؛ بل المثل والأجود كذلك فى الفساد فى الاسترجاع؛ لأنه سلف.

فرع: فى الكتاب: إذا كان رأس المال عرضًا، واسترجعت من صنفه، وأخذت أدون - امتنع؛ لأن المسترجع سلف، أو من صنفه جاز؛ لأن شرط السلف اتحاد الجنس.

---

(١) فى أ: فرع.
(٢) فى ط: أوصى.

فرع: فى الكتاب: إذا أعطاك بعد الأجل أو قبله جميع رأس المال، أو بعضه مع جميع المسلم على أن يُعجل لك السلم قبل أجله، أو يؤخره إلى أجله - امتنع إن كان الثمن لا يعرف بعينه وقد غاب عليه، وإذا كان رأس المال يعرف بعينه، فتقايلتما فى نصفه ونصف السلم على أن تأخذ بقية رأس مالك، جاز.

تنبيه: وقع فى بعض النسخ فى أول الفرع: أو يؤخرك[١] إلى أبعد أجله، وهذا هو الذى يتجه؛ فإن التأخير للأجل مستحق بالعقد لا يحتاج إلى تعجيل لأجله، وكذلك قوله: إذا أعطاك بعد الأجل ليعجل لك قبل الأجل أو إلى الأجل أو أبعد من الأجل: لا يستقيم؛ فإن الدفع بعد الأجل يستحيل أن يكون لقصد التعجيل قبل ذلك، بل ينبغى أن يقال: ليؤخره إلى أجل أبعد من ذلك الأجل. وسر الفساد بعد التصحيح: أن رأس المال إذا كان يغاب عليه كان مستهلكًا، فكأنه أسلفه ليؤخره، أو يوافقه على التعجيل، فهو: حُطَّ عنى الضمان وأزيدك.

قال اللخمى: إذا كان رأس المال متقومًا جازت الإقالة على عينه إذا كان لم يتغير، وتمنع على مثله وقيمته؛ لأنها إقالة على غير رأس المال، فهى مبايعة للطعام قبل قبضه، وإن كان مثليًا: منع ابن القاسم الإقالة على مثله، وأجازه أشهب، إلا أن تختلف فيه الأغراض، كالكتان وحوالة الأسواق فى العبد، فالثمن لا يمنع الإقالة؛ لأنها خارجة عن العين، وتغييره بالزيادة أو النقص فى بدنه يمنع.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذت بعض رأس مالك بعينه وجميع المسلم بعد الأجل، جاز؛ لأنه إحسان محض، ويمتنع أخذك بعض سلمك وتسترجع عروضًا من صنف رأس مالك؛ لأنها إن كانت مثل عدده فهو سلف لمنفعة، أو أقل: فبيع وسلف، ومن غير صنف رأس مالك، يجوز؛ لتعذر لسلف مع المغايرة.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم فى الكتاب: لك أن تستزيد بعد العقد إردبًا تتعجله[٢]، أو تؤجله إلى الأجل، أو أبعد منه لاستغلائك المبيع كأنه فى عقد واحد، وقال أيضًا: ذلك ممنوع.

قال ابن أبى زمنين: ينبغى - على أصولهم - إن مات البائع قبل [قبض][٣] الزيادة

(١) زاد فى أ: له.
(٢) فى ط: أحد العقدين له بالتعجل.
(٣) سقط فى أ.

أن تبطل؛ لأنها هبة لم تقبض. وقيل: هذه هدية مديان؛ فتمتنع.

قال سند: تجوز - عند ابن القاسم - الزيادة فى الثمن؛ لأنها معروف.

فرع: فى الكتاب: إذا كان رأس مال السلم عرضًا، أو حيوانًا فى طعام - لا يمنع الإقالة تغير سوقه؛ لأنه رغبات الناس، وهى خارجة عن الحيوان، بخلاف التغيير بالزيادة والنقصان؛ لأنه - حينئذ - مبايعة فى الطعام(١) قبل قبضه، والهزال والسمن فى الجارية لا يمنع، بخلاف الدابة؛ لأنهما مقصودان فيها.

قال اللخمى: هذا يتخرج على ما فيه من الخلاف فى الرد بالعيب: هل هو فوت أم لا؟

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم رجلان لرجل، فأقال أحدهما، جاز إلا أن يكونا متفاوضين فيما أسلما فيه، أو مطلقًا، ولا حجة لشريكه عليه. فإن أسلم رجل لرجلين، فأقاله أحدهما، ولم يكن اشترط ضمان كليهما لصاحبه - جاز، ولا حُجة لشريكه؛ لأنه مستقل بنفسه، فإن كان اشترط ذلك، امتنع، وكأنه سلم من النقص.

قال سند: منع سحنون إقالة أحدهما إلا بإذن شريكه الآخر فى المسألة الأولى، كما لا يقبض إلا بإذنه. والفرق: أن الإقالة يمتنع فيها الخيار، فلو خيرنا الشريك كانت إقالة على خيار فتفسد؛ لأنها بيع وسلف، وبيع للطعام قبل قبضه؛ كما له عتق نصيبه من العبد بغير إذنه.

فرع: فى الكتاب: إذا اشتريت بدراهم فتقايلتما، وهى فى يديه فأراد دفع غيرها - فذلك له وإن كرهت، شرطت استرجاعها أم لا؛ لأنها لا تتعين، وقاله (ح)، ومنع (ش).

قال سند: قال سحنون: ليس ذلك له، كقفيز من صُبرة لا يبدل بقفيز من صبرة، وقد تقدم فى كتاب الصرف تحرير ذلك.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلمت ثوبًا فى طعام، ثم أقلته، فهلك الثوب بعد الإقالة - انفسخت الإقالة؛ لعدم القبض، ويمتنع أخذ المثل؛ لأنه ليس مثليًا، وإذا ابتعت مثليًا فقبضته وأتلفته، تجوز الإقالة منه برد المثل بعد علم البائع بهلاكه وقبضه؛ لأن

---

(١) فى ط: طعام.

التأخير فى الإقالة ممنوع؛ لأنه مكايسة.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم إليك مائة درهم فى مائتى إردب تساوى مائتى درهم، فأقالك فى مرضه ولا مال له غيرها - فللورثة الإجازة وإعطاؤك ثلث ما عليك من الطعام، وإن حمل الثلث جميع الطعام، جازت الوصية.

قال صاحب النكت: قوله: جميع الطعام يريد: طعام المحاباة، ومنع سحنون هذه الإقالة؛ لتأخرها إلى الموت.

وقيل: معناها: أقاله ومات مكانه. ويرد عليه أنها انعقدت على فساد؛ بأن تعقب الموت على غير معلوم، وقيل: وصى له بالإقالة. وقيل: أما إجازة ابن القاسم لها؛ فلأنهما لم يقصدا ذلك، بل أدت إليه الأحكام.

قال أبو الطاهر: مسألة الكتاب لها ثلاث صور:

إن أوصى بأن يقال، صحت وفاقًا؛ لأنه لا يقع تأخير فى الإقالة.

وإن نجز[1] الإقالة ولم يتأخر الطلب، جازت اتفاقًا.

وإن تأخر: فقولان.

فإن كان المقيل الذى عليه الطعام وهو مريض، والمال له، جرى على ما تقدم، وإذا قلنا: تمضى وفيه محاباة، ولم يكن للمسلم إليه غير رأس ماله، فثلاثة أقوال: يُشترى بما عدا المحاباة طعام فيوفاه، وثلث المحاباة لتصحيح أخذ ما يُشترى به، وثلث المحاباة الكل عينًا.

وقيل: يشترى له بالأصل، وثلث المحاباة طعام. والمدرك: محاذرة البيع والسلف، فيعطى الجميع من جنس واحد، فإن غلبنا حكم الإقالة أعطينا الجميع عينًا، أو إبطال الإقالة أعطينا الكل طعامًا، أو لا، يحاذر البيع والسلف؛ لتعذر القصد إليه، فيعطى الطعام وثلث المحاباة.

فرع: فى الكتاب: الاستغلال لا يمنع الإقالة إلا ولد الأمة؛ لما فيه من التفرقة بينهما، ولأنه كالنماء فى البدن. والدين يلحق المأذون له يمنع؛ لأنه عيب فى النذر. وإن أسلمت ثوبًا فى حيوان فقطعته جازت الإقالة فى نصف الحيوان فى نصف الثوب، حل الأجل أم لا، زاده القطع أو نقصه، إذا تعجلت ذلك.

---

(١) فى ط: تجد.

قال ابن يونس: يريد لأنه نصف ثوبه بعينه، ولم يدخله بيع وسلف.

وفى الكتاب: إن أخذت ثوبًا معينًا وزادك ثوبًا من صنفه أو من غير صنفه أو غير ذلك، جازت الإقالة، حل الأجل أم لا، إلا أن يزيد من نصف المسلم فيه، فيجوز بعد الأجل لا قبله؛ لأنه: حُط عنى الضمان وأزيدك، وقد تقدم من أحكام الإقالة جملة فى فساد العقد وصحته فى بيوع الآجال، وحكم العقد قبل القبض ما اقتضاه ذانك البابان منهما، فليراجع هناك.

النظر الثالث - فى أداء المسلم فيه:

ثم البحث عن مقداره، وصفته، وزمانه، ومكانه،

فهذه أربعة أبحاث:

البحث الأول - فى مقداره.

وفى الكتاب: ما اشترط أخذه فى إبانه، فانقطع إبانه قبل أخذه بتأخير السنة الثانية؛ توفية بالعقد، ثم رجع إلى جواز أخذ بقية رأس المال؛ لأن التأخير ضرر.

قال ابن القاسم: من طلب التأخير منهما فذلك له؛ نظرا للمدركين، فإن اجتمعا على المحاسبة: جاز. قال سند: إن لم يقبض من المبيع شيئًا جاز الاتفاق على الفسخ؛ لأنه إقالة، وإن اتفقا على التأخير جاز - عند ابن القاسم - لتعلق الضرر بهما، وامتنع عند أشهب؛ لأنه[1] فسخ دين فى دين، وإن اختلفا: فقولان:

أحدهما: يقدم من طلب المحاسبة؛ لأنه أنفى للضرر.

وثانيهما: طالب التأخير؛ لأنه الأصل فى اعتبار العقد حتى يوفى به، فإن قبض البعض، فإن المشهور[2]: عدم الفسخ فى الباقى؛ توفية بالعقد، وقاله (ش) و (ح)، ويفسخ - عند أشهب - فى الباقى؛ لأن العقد يتناول ثمرة عام بعينه، فتعذره يوجب الفسخ، كالعقد على الصبرة المعينة.

وعن ابن القاسم: يختص خيار الفسخ بالمشترى، وقاله مالك و (ش) و (ح) ؛ لأنه صاحب المُثمَن الذى هو مقصد العقد، والثمن إنما هو وسيلة.

وقال أصبغ: لكليهما[3] المحاسبة إلا أن يتفقا على التأخير؛ لشمول الضرر لهما.

---

(١) فى ط: كأنه.
(٢) فى ط: فالمشهور.
(٣) فى ط: تكلفهما.

وإذا قلنا بالتراضى على الفسخ - إذا قبض شيئًا - فهل يجوز فى البعض؟ وهو الذى حكى فيه الخلاف فى الكتاب. وإذا قلنا بالفسخ: فله أن يأخذ بالقيمة ما شاء غير الطعام، منعه أشهب، وكرهه ابن وهب؛ لأنه طعام نقدًا من طعام، وأجازه محمد؛ لوقوع الفسخ فيبطل الطعام الأول.

وعن ابن الكاتب: إنما يقع ذلك إذا حكم بالفسخ، وأشهد عليه [؛ لأنه](١) بالحكم يتحقق الإبطال. وقال عبد الحق: يكفى الحكم دون الإشهاد؛ لعدم توقف الفتيا عليه.

فأما السلم فى حائط معين ينقطع ثمره فليس له إلا الثمن، ويمتنع التأخير؛ لفوات المعقود عليه، وله أن يأخذ ما اتفقا عليه، ولم يختلف فى هذا، كذهاب بعض الصبرة، ولقوة شبهه بالعزوض المعينة والأول فى الذمة جزمًا، إنما الخلاف فى خروج الإبان.

وإذا فات بعض ثمر الحائط المعين، ففى الكتاب: يرجع ببقية الثمن؛ لأن الثمن موزع على المبيع. وقال الباجى: ذلك إذا اشترط أخذ المبيع فى وقت معين، أما فى أيام تختلف فيها القيم: فالحساب بالقيمة، واختاره التونسى، وغيره. وليس له أن يدفع ما خصه فى سلعة تتأخر؛ لأنه فسخ دين فى دين، بل فى سلعة معجلة، فإن تأخرت المنفعة من إشهاد أو استخدام، أجازه الباجى بغير شرط. وإن شرط حبسها لغير منفعة، ففى الكتاب: لا يعجبنى، ولا أفسخه؛ لأن المعين ليس بدين، وإن كانت فيما لا يمكن تعجيله - كالخادم - فيها العهدة. والبيع بالخيار قبل جدادها، وسكنى الدار: منعه ابن القاسم؛ لشبهه بالدين، وأجازه أشهب؛ لأن الدين لا يكون إلا فى الذمم دون الأعيان.

قال صاحب التنبيهات: إذا خرج إبان الثمرة قبل قبضها، فستة أقوال:

يتأخر لإبانٍ ثانٍ. له أخذ بقية الثمن الآن، القولان لمالك.

ولابن القاسم: يخير المشترى فى التأخير دون البائع. التفرقة بين قبض أكثر المبيع فيجوز التأخير لقابل، وإلا فالمحاسبة الآن - لمالك - لأن قبض الأقل مغتفر وتتغير المحاسبة الآن. لأشهب. والمحاسبة الآن، إلا أن يجتمعا على التأخير لأصبغ.

---

(١) سقط فى ط.

قال اللخمى: وقول أشهب أصح إذا ذهبت الثمار بالجوائح السماوية، وإن كان عدم القبض لرد البائع حتى خرج الإبان: كان للطالب الخيار فى التأخير، وإن كان لهرب المشترى، خير البائع.

قال: وأرى أن يدفع البائع التمر أو الرطب إلى الحاكم - لأنه وكيل الغائب إذا خشى فساده.

قال: وإذا أخذ ورقًا فيما بقى، ورأس المال ذهب جاز، إن كان الذهاب بالجوائح؛ لعدم التهمة على الصرف المستأخِر، وعن مالك: جوازه إذا كان الفوات لخروج الإبان، وكذلك أخذ الطعام فى الطعام، وأما السلم فى الحائط المعين فيتعذر الأخذ، والقرية: ينفسخ اتفاقًا كالصبرة.

قال أبو الطاهر: فى القرية والصبرة قولان، كالحائط المعين، وإلحاقُها بالمضمون فى الخلاف المتقدم؛ لحصول الشبهين فيها.

فرع: قال ابن يونس: أجاز فى الكتاب: أخذ نوع من الحبوب بدلًا من نوع آخر؛ لأنها يباع بعضها ببعض. وقال محمد: وكذلك لحم البقر فى الضأن فى يوم أجله، ولا يعجل فى ذلك اليوم أكثر مما له؛ لئلا يكون بيعًا للطعام قبل قبضه، فإن أخذ أكثر وزاد، امتنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، أو أدنى وعرضًا، امتنع. ويمتنع أخذ طير الماء فى الدجاج والإوز؛ لأنه يراد للحم، وهما للتربية، فهو بيع الحيوان باللحم. ويمتنع أخذه العصافير المذبوحة فى الحية؛ لأنه بيع الحيوان باللحم.

وفى الكتاب: يجوز أخذ القميصين فى الرايطة وجدت الرايطة أم لا؛ لأن الرايطة ليست طعامًا، ولا ربا بينها وبين القميصين.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الرايطة مثل الملاءة والملحفة إذا لم تلبس، والمعروف فى العربية: ريطة.

فرع: فى الكتاب: لك فى السلم الفاسد أخذ كل شىء برأس مالك، إلا ما أسلمت فيه؛ لئلا يكون تتميمًا للعقد الفاسد.

قال سند: قال أشهب: هذا فى الحرام البين، أما الذى يمكن إجازته لا يصلح كذلك حتى يفسخه الحاكم، أو يشهدا على التفاسخ؛ لئلا يكون إقالة على غير رأس المال.

قال محمد: كل مختلف فيه يمتنع فيه ذلك إلا بعد فسخ السلطان، وإذا كان المسلم فيه حنطة، فقال: أعطنى بثمنى تمرًا، جاز إن علم الفساد، وإن[1] جهلاه أو أحدهما، امتنع؛ لأنه قاصد لدفع الثمن فى الحنطة. وعن مالك، وابن القاسم: له أخذ النوع المسلم فيه؛ نظرًا للبطلان. وإذا منعناه، فهل له أخذ ما يجوز قضاؤه فيه، كالسمراء من المحمولة، أو أكثر من الشعير؟ فيه خلاف، وهل له أخذ ما يمتنع سلم رأس المال فيه؟ منعه محمد؛ سدًا للذريعة.

وعن مالك: له أخذ الورق فى الذهب، وإذا راعينا التهمة قطعنا فسخ الإمام.

قال صاحب المقدمات: إذا كان العقد متفقًا على فساده: فهل له الأخذُ من جنس سلمه؟ ثلاثة أقوال:

المنع فى الكتاب.

وجوزه ابن كنانة.

وقال الفضل: له أخذ محمولة من سمراء، وقمحًا من شعير، ويمتنع محمولة من محمولة؛ لما فيه من قوة تهمة الفاسد.

وإن كان مختلفًا فيه، امتنع أخذ خلاف الجنس قبل الحكم، وتأخير رأس المال وبعضه؛ سدًا لذريعة فسخ الدين فى الدين، أو إقالة بتأخير، أو بيع الطعام قبل قبضه على رأى، وفى الأخذ من الجنس الأقوال الثلاثة المتقدمة.

فرع: فى الكتاب: إذا أمرته بالكيل فى غرائرك أو فى ناحية بيتك، فادعى ضياعه بعد الكيل ضمن، إلا أن تصدقه البينة، أو أنت على الكيل؛ لأنها وديعة حينئذ.

قال أبو الطاهر: يجوز القبض على التصديق فى النقد، اتفاقًا، وفى السلم قولان؛ لاحتمال أن يجد نقصًا، فيتخاصمان.

قال اللخمى: للهلاك فى يده أربعة أحوال:

إن مكنه من القبض، فله أحكام الوديعة.

وإن حبسه للإشهاد وهو يغاب عليه، لم يصدق.

وإن حبسه لمنفعة استثناها، صُدق؛ لأنه كالمستأجر.

وإن لم [يمكنه ولم][2] يمنعه - وهو حاضر بين أيديهما - ومضى وتركه،

---

(١) فى ط: دون إن.

(٢) سقط فى ط.

فكالوديعة؛ لأنه لم يكن له حبسه؛ لأن المبيع إلى أجل بخلاف النقد، وإن كان غائبًا عنهما[١]: لم يُصدق إلا أن تقوم بينة على تلفه، وإن تعدى فباعه، خير المسلم بين إجازة البيع أو إغرام القيمة ما بلغت، ويمتنع فسخ السلم خشية من الإقالة على غير رأس المال السلم، وكذلك إذا ادعى ضياعه.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلمتَ عبدًا فى عُروض، لا تأخذ عند الأجل عوض العروض عبدين من صنفه؛ لأنه سلم عبد فى عبدين من جنسه فيمتنع. ويمتنع فسخ المحمولة فى سمراء إلى أجلها؛ لأنه فسخُ دين فى دين، ويجوز أخذها منها عند أجلها؛ لأنه حُسنُ قضاء.

قال ابن يونس: قيل: يجوز سمراء فى سمراء أجود منها أو أدنى إلى أجلها؛ لبقاء الصفة المسلم فيها من حيث الجملة.

قال صاحب التنبيهات: إن أخذ عبدًا أدنى فى المسألة الأولى، منعه ابن عبد الحكم؛ لأنه لا يسلم فيه، وأجازه ابن القاسم، لعدم التهمة.

تمهيد: قال صاحب التنبيهات: لصحة أخذ غير المسلم فيه ثلاثة شروط: أن يصح بيعه قبل قبضه، وأن يصح سلم رأس المال فيه، وأن يصح شراؤه بالدين.

البحث الثانى - فى الصفة:

وفى الجواهر: إذا دَفع بعد الأجل أجود وجب قبوله؛ لأنه حُسن قَضاء، أو أدنى، جاز قبوله؛ لأنه حُسن اقتضاء، ولا يجب قبوله؛ لقصوره عن الحق، ويجوز أخذ الذهب الأسود عن الأبيض.

فرع: قال اللخمى: إذا وجده مَعيبًا رَجَع بالمثل؛ لأنه تبين أنه لم يقبض المبيع، فإن اطلع على العيب بعد خروجه عن يده بهبة، فثلاثة أقوال:

يغرم قيمته معيبًا ويرجع بالمثل؛ لأنه جنى على معيب.

ويرجع بقدر ذلك العيب ويكون شريكًا فى الصفة التى أسلم فيها؛ لأنه جزء من المبيع لم يقبضه، فيرجع بقيمة العيب من الثمن؛ نفيًا لضرر الشركة.-

قال: وأرى أن يخير بين رد القيمة والرجوع بالمثل، أو ينتقص من السلم قدر العيب؛ لأن الشركة ضرر عليهما.

---

(١) فى ط: عنه.

فرع: فى الكتاب: لا تأخذ دقيق الحنطة فى الحنطة وإن حل الأجل، بخلاف القرض؛ لأنه معروف.

قال اللخمى: وعن مالك: الجواز، وهو على الخلاف فى بيع الحنطة بالدقيق، وحيث أجزنا فى القرض فيختلف هل يجوز بالوزن أو الكيل؟ على الخلاف فى بيع أحدهما بالآخر، وتمتنع زيادة كيل الدقيق على القمح؛ لئلا يكون مبايعة لا مبادلة، وهل ينقص؟ منعه ابنُ القاسم، وأجازَه أشهب؛ لأنه معروف، إلا أن يكون أجود، ويجوز مثل كيله أجود وأردأ.

البحث الثالث - فى زمانه:

فى الكتاب: لا يجبر على القبول قبل[١] الأجل فى السلم، لكن الأجل حق لهما بخلاف القرض؛ لأنه حق المقترض[٢]، فله إسقاطه.

وفى الجواهر: ألزمه المتأخرون قبوله قبل الأجل باليوم واليومين، لعدم اختلاف الأغراض، وعدم تغير الأسواق.

قال صاحب الاستذكار: إذا أسلم فى كباش ليأخذها فى أيام الأضحية، فأتاه بعد الأضحى - قال مالك: يلزمه قبولها، وكذلك فى قطائف الشتاء، فأتى بها فى الصيف؛ لأنه بيع أوجبه العقد. وقال ابن وهب: لا تلزمه؛ لفوات المنفعة التى أسلم لأجلها، ووافقه فى الكراء اللخمى إذا أتاه بعد إبان الحج، لا يلزمه عندهما.

وقال (ش): كل شيء أتى به قبل أجله من النحاس والتبر [والعرض][٣] أجبر على أخذه؛ لإفضائه إلى براءة الذمم، بخلاف المأكول والمشروب؛ لأنهما تختص منافعهما ببعض الأوقات، وكذلك الحيوان؛ لاحتياجه للعلف، وكل ما فات موسمه وما قصد الشراء لأجله كالضحايا ونحوها؛ لفوات الفائدة.

البحث الربع - فى مكانه:

فى الكتاب: لابد من اشتراط مكان القبض، ولا يكفى ذكر «مصر» ؛ لأنه اسم لجُملة الإقليم، ويكفى الفسطاط، [فإن تشاحا فى أى موضع [. . .][٤] إن علم

---

(١) فى ط: فى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) بياض فى ط.

ولا يخفى البائع فى الفسطاط][1].

قال أبو الطاهر: لا يشترط ذكر الموضع، بل تكفى العادة، وإن لم يشترط فحيث وقع العقد أو قبض رأس المال؛ لاستلزام السبب المسبب، وإن شرط بلدًا، فبأى موضع؟ فيه ثلاث روايات: سوق السلعة؛ لأنه مظنتها.

موضع العقد؛ لأنه سببها.

أى موضع من البلد؛ لعدم التخصيص.

وإن كانت عادة، تعينت. وإن اختلف السعر فى نواحى البلد، تعين ذكر موضع منه، فإن اختلفا فى أى موضع اشترط، صُدق مدعى الأشبه، فإن لم يدعياه، تحالفا[2] وتفاسخا؛ لعدم رجحان أحدِهما، وإن ادعياه، قُدم المسلم إليه فى المشهور؛ لأنه مالك المقصد، والثمن وسيلة، وقَدم سحنون المشترى؛ لأنه صاحب الحق، وقيل: يتحالفان ويتفاسخان؛ لتساويهما.

وإن طلب القبض بغير البلد المشترط، ودفع ثمن الحمل، والمبيع طعام، امتنع؛ لأنه كالمعجل قبل الأجل بزيادة، وبيع الطعام قبل قبضه، فإن لم يأخذ ثمن الحمل واختلف سعر البلدين، امتنع؛ لأنه: ضَع وتعجل، إن كان سعر هذا البلد أنقص، أو: حُط عنى الضمان وأزيدك، إن كان أغلى[3]، فإن اتفق السعران، فقولان؛ نظرًا إلى أجرة الحمل، وتساوى السعر.

قال سند: لا يجب عندنا ذكرُ موضع[4] التسليم، إلا أن يكون العقد بمفازة لا يمكن التسليم فيها؛ فيجب اشتراطه، وإلا فإطلاق العقد يقتضى موضع التعاقد، وقاله ابن حنبل، وزاد: إن شرطا غير موضع العقد، بطل؛ لأنه خلاف مقتضاه. وقال (ش): إن كان يحمله مؤنة وجب. ومنع الشافعية بغير موضع السوق، بل يكفى موضع من البلد، وقال سحنون: إذا لم يكن للسلعة سوق فبيت المشترى؛ قياسًا على الكراء، وهو العادة اليوم.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: تفاكا.
(٣) فى ط: أعلا.
(٤) فى ط: وضع.

قال اللخمى: إذا أسلم حضرى لقروى، فالقرية؛ لأنه العادة اليوم، إلا أن يشترط غيرها.

قال سند: إذا قال: أنت وكيلى أو أجيرى فى حمله، فإذا بلغت البلد فاقبضه لنفسك، امتنع؛ سدًا للذريعة. وأنت وكيلى فى قبضه لوكيلى، يجوز. ومتى وقع الممنوع فسخ، ورد الطعام إلى موضعه، وطالب على حاله، فإن فات فعليه فى البلد الذى وقع فيه سبب الضمان، كالبيع الفاسد والغصب، وإذا انفسخ، قبح[١] أن يقضيه ذلك الطعام مما له فى بلد السلم، وإلا فلا.

* * *

(١) فى ط: صح.

الباب الثانى

فى القرض

فى الصحاح: القرض: التقطيع، قرضتُ الشىء أقرضه، بكسر الراء فى الثانى، والقرض: السلف - بفتح القاف، وقيل: بكسرها - كأن الإنسان يقطع قطعة من ماله للمسلف، والقرض: ما تقدم لك من إحسان، والقرض: الشعر، والقريض أيضًا، والقرطة والقرضة: الترك، قرضت الشىء عن شىء: إذا تركته، ومنه: قوله - تعالى -: ﴿وَتَرَى ٱلشَّمْسَ إِذَا طَلَعَت تَّزَٰوَرُ عَن كَهْفِهِمْ ذَاتَ ٱلْيَمِينِ وَإِذَا غَرَبَت تَّقْرِضُهُمْ ذَاتَ ٱلشِّمَالِ﴾ [الكهف: ١٧]

وأصله: قوله - تعالى -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فالأمر بالمكاتبة دليل المشروعية.

وفى الصحاح: «أنه - عليه السلام - استسلفَ من رَجُل بكرًا فقَدِمَت عليه إبلُ الصدقة فَأَمَرَ أبا رَافع أن يَقضىَ الرجلَ بكرَه، فَرجَعَ إليه أبو رافع فَقالَ: لَم أجِدْ فيها إلا خِيارًا رَباعيًا، فقال: أَعْطِهِ إيَّاه، فَإِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُم قَضَاءً»(١)

سؤال: إن كان - عليه السلام - اقترض لنفسه، فالزكاة محرمة عليه، أو للمسلمين بطريق نظر الإمامة، فكيف يقضى عنهم أكثر مما عليهم؟

جوابه: قال سند: المراد بالصدقة مال الجزية، كانت تسمى صدقة من الله - تعالى - على هذه الأمة، هى حلال له عليه السلام.

قال صاحب الاستذكار: كان القرض للمساكين(٢)؛ لأنه لا تحل له الصدقة.

إن قلنا: يجوز تعجيل الزكاة فيقرضها ربها، ثم يهلك ماله، وترد عليه من مال الزكاة.

وإن قلنا: يمتنع التعجيل: فقيل: اقترض لنفسه - عليه السلام - قبل تحريم الصدقة عليه ﷺ.

---

(١) تقدم
(٢) فى أ: لك أكثر

فائدة: قال: البكر: الدنيء، والخيار: المختار، والرباع من الخيل والإبل: ما ألقَى رَبَاعيته.

ثم البحث عن حقيقته، ومحله، وشرطه، وحكمه، والمقاصة فيه بعد وقوعه، فهذه خمسة أبحاث.

البحث الأول: فى حقيقته فى الشرع.

وفى الجواهر: [هو] دفع المال على وجه القُربَة؛ لينتفع به آخذُه، ثم يتخير فى رد مثله أو عينه ما كان على صفته.

فرع: قال المازرى: يجوز - عندنا - قرض الدنانير، بشرط [ألا يستهلك عينها][(1)] ليتحمل بها الصيرفى؛ خِلافًا لـ (ش).

وقال عبد الحميد: هذا غرور للناس، فكيف يجوز؟

وقال (ش): ليس لها منفعة إلا إتلاف عينها، فإذا لم تتلف امتنع هذا الفعل؛ لبطلان حكمته.

وجوابها: أن الصرف لا يقع إلا مناجزة، وإنما يلزم الغرور [أن] لو جاز التأخير فيغر الناس بملائه فيؤخرون، وأن المنفعة بالتحمل منفعة مقصودة للعقلاء، فصح الفعلُ باعتبارها.

البحث الثانى: فى محله.

وفى الجواهر: كل ما جاز سلمًا فى الذمة جاز قرضه إلا الجوارى.

وفى الكتاب: يجوز قرض كل شىء إلا الجوارى؛ لأنه لا تعارُ الفروج للوطء.

ومنعه (ح) فى غير المكيل والموزون؛ لتعذر المثل عند الرد فى غيرهما.

لنا: الحديث المتقدم.

والقياس على السلم بطريق الأولى.

ولأن المعروف يسامح فيه أكثر من غيره، وقد جوز فى القرض [ربِا النسيئة][(2)]، بخلاف السلم.

---

(١) سقط فى أ، وفى ط: عنهما.

(٢) فى ط بالنسيئة.

نظائر: قال سند: يجوز القرض إلا [فى][1] ستة:

الجوارى، والدور، والأرضين، والأشجار؛ لأن مواضعها مقصودة، فإن عينت، لم تكن فى الذمة، وإلا بقيت مجهولة.

وتراب المعادن، وتراب الصواغين؛ لتعذر معرفة مقدار المقصود منه حتى يرد المثل على صفته، كان مثليا أم لا.

وقال بعض الشافعية: يرد فى غير المثلى القيمة؛ قياسًا على الإتلاف.

وجوابه: الحديث المتقدم.

والفرق: بأنه مبنى على المسامحة.

دليله: جواز ربا النسيئة.

ووافقنا (ش)، و (ح) فى الجوارى، وعن جماعة: جواز قرضهن؛ قياسًا على السلم، والفرق: ما تقدم.

وعن ابن عبد الحكم: الجواز إن شرط رد غير المقرضة حتى لا يرد موطوءته.

وجوابه: أنه شرط مناقض للعقد، فيمتنع.

قال اللخمى: يجوز قرض الجوارى إذا كن فى سن من لا تُوطأ، أو المقترض لا يبلغ الالتذاذ إذا اقترضها له وليه، أو هو امرأة، أو ذو رحم منها، أو محرم عليه وطؤها؛ لقرابة المقرض إذا كان أصابها.

وفى الجواهر: أكثر المشايخ على أن الجواز من ذى الرحم ليس بخلاف.

وحكاه عن ابن عبد الحكم، ومنعه الشافعية مطلقًا؛ لأن فائدة القرض: الملك، وفائدة الملك: الوطء، وهو ممنوع ههنا فيبطل، لبطلان غرضه.

وجوابهم: أن فائدة الملك أعم من هذا؛ كشراء محرمة الوطء.

قال سند: فإن وقع القرض الممنوع، ردها ما لم يطأها، فتلزمه القيمة عند مالك، ويردها وقيمة الولد إن حملت - عند (ش) - ؛ لعدم الملك.

وجوابه: أن البطلان إنما كان خشية الوطء، فإذا وقع، فلو ردها وقع الممنوع، بخلاف ردها بالعيب بعد الوطء؛ لأن عقد البيع لم يقع على رد مثلها، وحيث قلنا:

---

(١) سقط فى أ.

يردها فتعذرت، رد مثلها إن قلنا: إن القرض قائم بنفسه، وإن الفاسد يُرد إلى الصحيح فى كل باب، وقيمتها إن رددنا القرض للبيع؛ لأنه مستثنى منه، وكل مستثنى من أصل رد فاسده لصحيحه(١)، ولصحيح أصله قولان كالإجارة والمساقاة.

وإذا أوجبنا القيمة لم تجب قيمة الولد، بخلاف ولد الغارة لشبهة الخلاف والرضا ههنا، فكأنه وطئ مملوكته. فالولد ههنا يستند إلى الملك، وفى الغارة إلى حصول الحمل على ملك الغير.

وفى الجواهر: أكثر المتأخرين على رده إلى البيع الفاسد.

وروى عن ابن محرز: لا يؤاخذ المقترض بغير ما دخل عليه، فيباع [المقترض](٢) ويعطى له إن كان مساويًا للقيمة، أو ناقصًا عنها، فإن زاد عليها، وقف الزائد، فإن طال وقفه، تصدق به عمن هو له.

قال بعضهم: وهذا يجرى فى مسألة الجارية.

فرع: قال اللخمى: يجوز قرض جلود الميتة بعد الدباغ؛ لأنه ليس بيعًا(٣).

فرع: قال سند: يمتنع قرض فدان بفدان للجهالة، وكذلك رطب بيابس.

فرع: قال: ظاهر الكتاب يقتضى(٤) جواز سلم رطل خبز فى رطل خبز إذا لم يعين نوعًا للقضاء، وعلى القول بأنه لا يباع الخبز بالخبز إلا باعتبار تماثل الدقيق: يمتنع، وقاله التونسى؛ لاختلاف النضج بالرطل الناضج أكثر دقيقًا إلا على القول بالتحرى فى الدقيق - فيجوز على التحرى.

قال: خبز التنور والملة جنس واحد، يقضى بعضه عن بعضه، ويجوز قضاء ما هو أكثر دقيقًا مثل دقيق الأول فى الجودة أو أعلى، بخلاف من اقترض أردب دقيق فرد أردبًا وويبة: منعه ابن القاسم؛ لأنها زيادة منفصلة، والزيادة ههنا متصلة إذا اعتبر الخبز فى نفسه، فإن اعتبر الدقيق، امتنع؛ لأنها زيادة منفصلة؛ إذ يمكن كسر الخبز؛ كما لو اقترض رطل لحم فقضاه قطعة رطلين، منعه ابن القاسم.

---

(١) فى ط: لصحيحيهما.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: يتقى.
(٤) فى أ: ينبغى.

البحث الثالث: فى شرطه.

فى الجواهر: شرطه ألا يجر منفعة للمقرض، فإن شرط زيادة - قدرًا أو صفة - فسد، ووجب الرد إن كان قائمًا، وإلا ضمن بالقيمة وبالمثل، على المنصوص.

وعلى قول ابن سحنون، وعلى قول ابن محرز المتقدم: بالمثل فقط.

قاعدة: القرض: خولفت فيه قاعدة الربا إن كان فى الربويات: كالنقدين والطعام. وقاعدة المزابنة، وهو [بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان فى الحيوان ونحوه من غير المثليات، وقاعدة](1) بيع ماليس عندك فى المثليات؛ لأجل مصلحة المعروف للعباد، فإذا اشترط منفعة فليس معروفًا، فتكون القواعد خولفت لا لمعارض، وهو ممنوع، أو أوقعوا ما لله لغير الله، وهو ممنوع، فلهذه [القاعدة](2) يشترط تمحض المنفعة للآخذ.

فرع: فى الكتاب: إذا أقرضته لتَنفعَ نفسك بضمانه فى ذمته، وكراهة بقائه عندك- امتنع، فإن علم ذلك غريمك، فلك تعجيل حقك قبل أجله؛ لفساد العقد.

قال اللخمى: وكذلك إذا قصد منفعتهما، بل لابد من تخصيص المنفعة بالمقترض، فإن قصد بيع ذلك الثوب بمثله، منعه مالك، وابن القاسم؛ لخروجه عن المعروف، وأجازه مرة.

وعلى الأول: تفيته حوالة الأسواق بما فوق ذلك، ويغرم قيمته إن فات.

وإن قال المقرض: أردت منفعة نفسى، ولم يصدقه خصمه، بيع الثوب عند الأجل؛ لأنه مُقر أنه لا يستحق المثل بالقيمة، فإن بيع بدون القيمة لم يكن له [إلا] ذلك، أو بأكثر، وقف الزائد، فإن أقر بالفساد أخذه، وإلا تصدق به، وإن أقر المستقرض بالفساد دون المقرض، والثوب قائم، جُبر على رده، وتفيته حوالة الأسواق على قول المقر دون الآخذ، فإن رجع عن إقراره، خير المقرض على قبوله؛ لأنه مقر بصحة القرض، فإن استهلكه، غرم المثل، إلا أن يصدقه على الفساد، فالقيمة، فإن عينه وقد كرهه، غرم القيمة معجلة؛ لفساد الأجل بالقصد الفاسد، واشترى بها مثل الأول، فإن لم يوف كان عليه تمام الثمن؛ لأنه لم يوافقه،

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

فإن زادت دفع الزائد إن اعترف بالفساد كان له.

فرع: فى الجواهر: إن كانت المنفعة للجهتين منع إلا أن تكون ضرورة، كالسفاتج[(١)]، فروايتان، المشهور: المنع.

سؤال:

قال سند: العارية معروف كالقرض، وإذا وقعت إلى أجل بعوض جاز، وإن خرجت بذلك عن المعروف. فَلِمَ لا يكون القرض كذلك؟

جوابه: إذا وقعت بعوض كانت إجارة، والإجارة لا يتصور فيها الربا، والقرض بالعوض[(٢)] بيع، والبيع يتصور فيه الربا، والعرض بالعرض لمنفعة[(٣)] ربا؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]. فإنه عام إلا ما خصه الدليل.

فرع: قال سند: منع ابن القاسم: أقرضك هذه الحنطة على أن تعطينى مثلها، وإن كان القرضُ يقتضى إعطاء المثل - لإظهار صورة المكايسة.

قال أشهب: يفسخ.

قال: فإن قصد بالمثل: عدم الزيادة، فغير مكروه، وكذلك إذا لم يقصد شيئًا، فإن قصد المكايسة: فهذا مكروه لا يفسد [العقد]؛ لعدم النفع للمقرض، ومن سلف طعامًا [قديمًا] ليأخذ جديدًا، امتنع، إلا أن تكون المنفعة للآخذ فقط.

فرع: قال: إن سألك التأخير ويرهنُك رَهنًا:

أجازه ابن القاسم عند الأجل لا قبله؛ لأنه ملك الحق الآن. وكان يقول: إن كان عديمًا امتنع؛ [لأن عدمه يمنع][(٤)] قضاء الحق.

قال محمد: ويجوز إن كان الرهن ليس له؛ لأنه سلف مبتدأ.

وقيل: يمتنع، إلا أن يكون الرهن له حتى يكون بالحق نفسه.

فرع: قال: كره مالك تأخير الغريم بشرط أن يسلفك أجنبى.

قال: وفيه تفصيل، فإن كنت طلبته لحاجتك للدين، فهو خفيف؛ لأن المنفعة للغريم، وإن أسلفك أكثر من الذى لك، امتنع، وإذا أردت الخلف مع شاهدك،

(١) سيأتى تعريف المصنف لها بعد قليل.
(٢) فى أ: بالعرض.
(٣) فى أ: والعرض بالعرض ربا كالمنفعة ربا.
(٤) سقط فى أ.

فقال الغريم: أحمل اليمين[1] بشرط التأخير سنة -: فذلك ممنوع، والإقرار باطل، والخصومة باقية.

ومنع سلف شاة مسلوخة ليأخذ كل يوم رطلين، ومن سألك حمل بضاعة فقلتَ: حلفتُ لا أحمل إلا ما لى، فإن شئتَ أسلفتها، أو أودعك وديعة، فامتنع حتى يسلفها - منع ذلك مالك؛ لما فيه من منفعة السلف.

وأباح: أعنّى بغلامك يومًا وأعينك بغلامى يومًا؛ لأنه رفق.

فرع: فى الكتاب: يمنع اشتراطُ القضاء ببلد آخر، وإن شرط أَجَلًا - بخلاف البيع؛ لأن البيع مكايسة يقبل شرط التنمية، ولك ذلك فى العين إن قصدت [به] نفعه دون نفع نفسك بذهاب غرر الطريق؛ كالسفاتج، ويضرب أجلًا يصل فى مثله، وإن لم يخرج، فلك أخذه بعد الأجل إن وجدته.

فائدة:

قال صاحب التنبيهات: السفاتج: واحدها سَفْتجة - بفتح السين، وسكون الفاء، وفتح التاء بعدها جيم - وهى البطاقة تكتب فيها آجال الديون؛ كالرجل تجتمع له أموال ببلد فيسلفها لك وتكتب له إلى وكيلك ببلد آخر لك فيه [مال] أن يعطيه هناك؛ خوف غرر الطريق.

قال: وقد أجازه ابن عبد الحكم للضرورة.

قال سند: ومعنى قول محمد: أن للحمال[2] مؤنة الحمل والضمان فى مدة الحمل إلى ذلك البلد على صورة الإنكار، ولا يلزم الدفع إلا حيث وقع القرض، إلا أن يتراضيا فيما له مؤنة؛ لضرورة مؤنة الحمل؛ كما أنه لا يلزم المتعدى إلا ببلد الغصب.

وإن اتفقا على غير البلد قبل الأجل، فقولان؛ نظرًا لإسقاط الحق بالرضا، أو يكون: ضعْ وتَعَجل.

ومنع فى الكتاب: قرض الحاج الكعك على التوفية ببلد آخر، وجوزه سحنون؛ لأن الحاج لا يوفى القرض فى لجة البحر، بل فى بلد آخر، فإن قصد بذلك اشتراط

(١) فى أ: الثمن

(٢) فى أ: أمن الحمال.

الحمولة، فسد.

فرع: فى الكتاب: لا تقرض طعامك على تصديقك فى كيله، كأنه أخبره[١] ليضمن نقصه، إلا أن تقول له: كِلْهُ وأنتَ مصدق.

فرع: يقال: لا تقبل هدية غريمك إلا أن يعتاد مهاداتك قبل الدين، وتعلم أن هديته ليس لأجل لدين، خلافًا لـ (ش)، و (ح) ؛ لأنه يهاديك رجاء التأخير، فهو ذريعة لربا الجاهلية.

قال سند: وأمر ابن عباس - رضى الله عنهما - بمحاسبة المديان بهديته، ورد عمر هدية أُبَيّ - رضى الله عنهما -، وله عليه دين، فعاتبه فقبلها، وقال: إنما الربا على من أراد أن يربى.

والأصل: المنع حتى تتبين الإباحة، فما أشكل من الهدية تُرك، قاله مالك.

ولا تنتفع بما رهنك، ولو كان مصحفًا، لا تقرأ فيه وإن أذن لك.

وعنه: أنه إذا ابتعت موزونًا بثمن إلى أجل، فترك لك رطلين يجوز، وجوزه سحنون، وإن كثر.

قال: والعارية والمعروف والبيع واحد، وقد يجوز البيع من بعض الناس بالمسامحة لذلك وحيث منعنا الهدية، ردّها، أو مثلها، أو قيمتها إن فاتت؛ لأنها تصرف مُحرم.

قال التونسى: وهدية المقارض ليس كهدية المديان؛ لأن القراض ليس فى الذمة.

قال: بل كهدية المديان؛ لتوقع تأخير القراض، والقرض للمنفعة حرام، وتكره هدية رب المال للعامل؛ لأنها تحمله على التمادى.

قال اللخمى: اختلف فى مبايعة المديان بالجواز والكراهة: فإن نزل وكان بثمن مثله، أو غبن يسير، حمل على السلامة، أو كثير، امتنع. هذا قبل الأجل، ويكره الشراء بعد الأجل؛ لئلا يتذرعا بذلك إلى هدية المديان، أو فسخ دين فى دين، فإن فعلا ولم تكن مسامحة، أو كانت وقضاه فى الحال - صح، وإلا ردت المسامحة، ويكره بيعك من الغريم؛ خشية حمل ذلك له على أن يزيدك؛ لتؤخره، أو يعملا

---

(١) فى أ: أخذه.

على فسخ الدين فى الدين.

قال أبو الطاهر: أما هدية العامل قبل الشغل فى المال، فممنوعة اتفاقًا.

البحث الرابع فى أحكامه:

وأصله: الندب.

وقد يجب عند - الضرورة - فى المسغبة ونحوها، وهو من أعظم المعروف، يقبله الأحرار الممتنعون من تحمل المنن.

وقد قال بعض السلف: كان أحدنا لا يعد لنفسه مالا، ثم ذهب ذلك وبقى الإيثار، ثم ذهب ذلك وبقى القرض.

تنبيه: وقعت فى باب القرض نادرة، وهى أن القاعدة: أن ثواب الواجب أعظم من ثواب المندوب. وإنظار المعسر بالدين واجب، لقوله - تعالى - ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيۡرٌ لَّكُمۡ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ولأن الإبراء متضمن لمصلحة الإنظار وزيادة، فلذلك كان أعظم ثوابًا منه.

ولأن الأصل فى كثرة الثواب والعقاب: كثرة المصالح والمفاسد، وقلتها.

فرع: فى الجواهر: يجوز اشتراط الأجل فى القرض.

قال صاحب القبس: انفرد مالك - دون سائر العلماء - باشتراط الأجل فى القرض، ويجوز التأخير من غير شرط إجماعًا؛ لقوله - عليه السلام -: «إنَّ رجلًا كان فيمَن كانَ قبلكم استسلَفَ من رجُل ألف دينار إلى أجل، فلما حل الأجل طلب مركبًا يخرج إليه فيه فلم يجده. فأخذ قرطاسًا وكتب فيه إليه، ونقر خشبة فجعل فيها القرطاس والألف، ورمى بها فى البحر وقال: اللهم إنه قال حين دفعها إلى: اشهد لى، فقلت: كفى بالله شهيدًا، وقال: ائتنى بكفيل، فقلت: كفى بالله كفيلًا، اللهم أنت الكفيل بإبلاغها. فخرج صاحب الألف دينار إلى ساحل البحر ليحتطب، فدفع البحر له العُود، فأخذه فلما فلقه وجد المال والقرطاس، ثم إن ذلك الرجل وجد مركبًا فأخذ المال وركب وحمله إليه، فلما عرضه عليه قال له: قد أدى الله أمانتك»[1].

(١) أخرجه البخارى - معلقًا - (٢٢٩١)، ووصله أحمد فى المسند (٢/٣٤٨) عن أبى هريرة.

وذكر هذا فى سياق المدح يدل على مشروعيته، وشرع مَنْ قبلنا شرع لنا حتى ينسخ.

فرع: فى الجواهر: يخير المقترض بين رد العين، أو المثل، فإن أراد الرجوع فى العين، لم يكن له ذلك بعد الانتهاء للمدة المحدودة بالشرط أو العادة؛ لأنه الأصل، ويمتنع تعجيل الأدنى قبل الأجل؛ لأنه: ضَعْ وتعجل، بخلاف الأجود؛ لأنه حسن قضاء.

فرع: قال: ولا تمتنع الزيادة بعد الأجل فى الصفة، وتمتنع فى العدد - على المشهور - ؛ للتهمة فى السلف بزيادة، والحديث المتقدم وَرَدَ فى الجمل الخيار، وهو أجود صفة.

والفرق: أن الصفة والموصوف كالشىء الواحد بخلاف العدد.

قال صاحب البيان: أجاز ابن القاسم إذا اقترض مائة قمحًا: أن يأخذ تسعين وعشرة شعيرًا أو دقيقًا بعد الأجل؛ لأن بيع القرض قبل قبضه جائز إذا كان المقبوض[(١)] مثل حقه، لا أجود ولا أدنى، وإلا امتنع - عند مالك، وابن القاسم - لإشعار ذلك بالمكايسة، وبيع القرض إنما أجيز معروفًا.

هذا إذا كان فى المجلس، وبعده يجوز؛ لبعد التهمة على نفى المعروف.

فرع: فى البيان: إذا أقرض ويبة، له أخذُ نصف ويبة قمحًا، وبالنصف الآخر شعيرًا، أو دقيقًا، أو تمرًا؛ لأن الويبة متجزئة؛ كالدينارين، يجوز أن يأخذ بأحدهما ذلك، وليس كالدينار يمتنع أن يأخذ بنصفه غير ذهب؛ لأنه لا يتبعض.

وقال أشهب: الويبة كالدينار، واتفقا أن الويبتين كالدينارين؛ لأن التعدد فى اللفظ والمعنى.

ويمنع أن يأخذ فى ويبة محمولة نصف ويبة سمراء، ونصف ويبة شعيرًا؛ لأن السمراء أفضل، والشعير أدنى، فيقع التفاضل بين السمراء والمحمولة، وبين المحمولة والشعير.

ولو كانت سمراء فأخذ بنصفها محمولة وبنصفها شعيرًا، أو كانت شعيرًا فأخذ بنصفها نصف ويبة سمراء، وبنصفها محمولة - جاز على أحد قولى ابن القاسم فى

---

(١) فى أ: المقترض.

المدونة؛ خلافًا لأشهب.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا كانوا يقتسمون الماء بالقلل - وهو قدر نحاس - فيسلف الرجل صاحبه [أعدادًا][(١)] فيتأخر للصيف حتى يغلو الماء - ليس عليه الإعطاء إلا فى الشتاء؛ لأن اختلاف الفصول يوجب اختلاف المياه فى المقاصد.

وقال أصبغ: عليه الدفع فى أى وقت إذا كان السلف حالا لا وقت له؛ لأن المياه متماثلة.

البحث الخامس: فيما يقتضى فى الدين من عين ومقاصة.

وقد تقدم فى الضوابط والفروع فى بيوع الآجال ما يناسب ذلك، ونذكر ههنا بقية الفروع المتيسرة.

قاعدة:

معنى قول الأصحاب: ضع وتعجل: أن التعجيل لما لم يجب عليه بسلف له، فهو - حينئذ - قد أسلف؛ ليسقط عنه بعض الدين، ويأخذ من نفسه لنفسه دينه، فهو سلف للنفع دون المعروف، فيمتنع.

قاعدة:

إذا شرف الشىء وعظم فى نظر الشرع، كثّر شروطه وشدّد فى حصوله؛ تعظيمًا له؛ لأن شأن كل عظيم القدر ألا يحصل بالطرق السهلة: «حُفَّتِ الجنةُ بالمكاره»[(٢)]، ﴿أَمْ حَسِبْتُمْ أَن تَدْخُلُوا۟ ٱلْجَنَّةَ وَلَمَّا يَعْلَمِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ جَٰهَدُوا۟ مِنكُمْ وَيَعْلَمَ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [آل عمرن: ١٤٢]: أى: الصابرين على آلام المجاهدات.

فمن هذه القاعدة: النكاح، لما شرف قدره؛ بكونه سبب الإعفاف، ومن أعظم مغايظ الشيطان، ووسيلة لتكثير العباد، وحاسمًا لمواد الفساد، شدد الشرع فيه باشتراط الصداق، والولى، والبينة.

وكذلك البيع، والنقدان؛ لما عظم خطرهما بكونهما مناط الأغراض، ورءوس الأموال، وقيم المتلفات، ونظام العالم: شدد الشرع فيهما؛ بحيث لا يباع واحد بأكثر منه ولا بنسيئة، بخلاف العروض.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه البخارى (١١/٣٢٧) كتاب الرقاق: باب حجبت النار بالشهوات (٦٤٨٧)، ومسلم (٤/٢١٧٤)، كتاب الجنة وصفة نعيمها (١ - ٢٨٢٢ - ٢٨٢٣).

وكذلك الطعام؛ لما كان حافظًا لجنس الحيوان، وبه قوام بنية الإنسان، والمعونة على العبادة، وأسباب السيادة والسعادة، شدد الشرع فيه؛ بحيث لا يباع قبل قبضه.

فعلى هذين القاعدتين تخرج [أكثر](١) مسائل المقاصة فى الديون.

تمهيد: فى الجواهر: المعتبر فى المقاصة جنس الدينين(٢) وتساويهما، واختلافهما، وسببهما: فى كونهما من سلم أو قرض أو أحدهما، وأجلهما فى الاتفاق والاختلاف، والحلول فى أحدهما أو كليهما، أو عدمه.

وأيضًا المؤجل إذا وقعت المقاصة عنه هل يعد كالحال، أو يجعل من هو فى ذمته كالمسلف ليأخذ من نفسه إذا حل الأجل؟

وأيضًا إذا اجتمع المبيح والمانع، وقصد المبيح، هل يغلب المبيح أو المانع؟

وعليه اختلاف ابن القاسم، وأشهب إذا كان الطعامان من سلم، واتفق الأجلان ورءوس الأموال: هل تجوز المقاصة وتعد إقالة؟ قاله أشهب، أو يمنع؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه؟ قاله ابن القاسم.

تنبيه: قال فى الجواهر: جمعت المقاصة المتاركة والمعاوضة والحوالة، فالجواز، تغليبًا للمتاركة، والمنع؛ تغليبًا للمعاوضة والحوالة، ومتى قويت التهمة، وقع المنع، ومتى فقدت، فالجواز، وإن ضعفت، فقولان؛ مراعاة للتهم البعيدة، فنورد - الآن - الفروع على هذه الأصول.

فرع: فى الجواهر: الدَّيْنان عين من بيع، تساويا صفة ومقدارًا، وحل الأجلان، أو كالمحالين، جازت المقاصة اتفاقًا؛ لعدم ما يتوهم من الفساد، فإن اختلفت الصفة والوزن؛ أو اختلف الوزن، امتنع؛ لأنه بدل العين بأثر منه، وإن اختلفت الصفة، والنوع واحد أو مختلف، وحل الأجلان، أو كانا حالين، جاز إلا على القول بمنع صرف ما فى الذمة.

وإن لم يحل الأجلان، منع على المشهور، أو يقدر المعجل سلفًا، فيصير صرفًا متأخرًا، ويجوز على رأى القاضى أبى إسحاق، ويقدر ذلك بالحلول.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: الدينارين.

وإن اتفقا صفة ومقدارًا، ولم يحل أحدهما، أو حل أحدهما، [والأجلان مختلفان أو متفقان بأن ابن نافع إذا حلا أو أحدهما][(١)]. ومنع إذا لم يحلا، اتفق الأجلان أو اختلفا.

وعن مالك: المنع إذا اختلف الأجل، ووقف إذا اتفق.

وقول ابن نافع أجرى على المشهور، إذا عقد المؤجل على حالته، لكن إذا حل أحدهما عُد حوالة؛ إذ يجوز بما حل فيما لم يحل. ولاحظ ابن القاسم تساوى الديون وعدم الضمان فى العين، وكل واحد منهما له التعجيل، والتفت إلى بعد التهمة، فأجاز.

قال اللخمى: إذا كان أحدهما أجود [فى العين][(٢)] وحلا، أو حل الأجود، أو لم يحلا، وكان الأجود أولهما حلولًا - جاز، وإن حل الأدنى، أو هو أولهما حلولًا، امتنع، ودخله: ضع وتعجل.

وكذلك إذا كان أحدهما أكثر عددًا فتشاركا على ألا يترك صاحب الفضل، جاز كما تقدم فى الأجود.

قال: وهذا الذى ذكره فى الجودة، إن بناه على رأى القاضى أبى اسحاق: فصحيح، ومشهور المذهب: ما قدمناه، وما ذكره من اختلاف العدد فإنما ينبغى أن يختلف فى منعه؛ لأنه مبادلة بتفاضل مع ما يدخله ذلك على المشهور من التراخى إذا لم يحل الأجلان أو أحدهما، وإن كانا من قرض واتفقا صفة ومقدارًا، وحلا أو أحدهما، جاز، وكذلك إن لم يحلا، على المنصوص، وقد يجرى - على رأى ابن نافع - المنعُ.

وإن اختلفت صفتهما، واتحد الوزن، واختلف نوعهما، فعلى ما قدمناه، وإن حل أجلهما أو كانا حالين، جاز، وإن لم يحلا، لم يجز.

قال ابن القاسم، وابن محرز. ويجرى على المشهور.

وكذلك إذا كان أحدهما من قرض، والآخر من بيع، فإن اختلف الوزن يسيرًا، جاز؛ لأنه زيادة من أحدهما، وهى فى القرض جائزة، وإن كثرت، جرت على

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من أ.
(٢) سقط فى أ.

الخلاف فى الزيادة فى الوزن أو العدد، إذا كثرت.

وجوزه اللخمى إذا كان أكثرهما أولهما قرضًا.

ومنع ابن القاسم إن كان الأكثر آخرهما؛ لأنه يتهم على سلف بزيادة.

وأجازه ابن حبيب.

وإن حل الأول أو لم يحلا، لكن كان أقلها حلولًا، امتنع، وإن حل الأكثر أو هو أولهما حلولًا، وأولهما قرضًا، جاز، مالم يكن الأكثر آخرهما قرضًا، على ما تقدم إذا كانا من بيع.

قال اللخمى: إن كان أحدهما دنانير، والآخر دراهم، جاز إن حل الأجلان، وإن لم يحلا أو أحدهما، فعلى الخلاف فى حكم المؤجل.

فرع: قال: إن كانا طعامًا من بيع واختلفا، أو رءوس الأموال، امتنع، وإن اتفقا جنسًا أو رءوس أموالهم. فإن اختلف الأجلان، امتنع، أو اتفقا، منع ابن القاسم، وأجاز أشهب؛ نظرًا للمبايعة أو الإقالة، وإن كانا من قرض واتفقا، جاز، حلت الآجال أو لم تحل، وإن [كان] أحدهما من قرض والآخر من بيع، وحلا، جاز، وإن لم يحلا أو أحدهما، فثلاثة أقوال:

المنع لابن القاسم.

والجواز لأشهب.

والتفرقة إلى أجل السلم، جاز، أو حل القرض وحده، امتنع؛ نظرًا إلى صورة المبايعة فى الطعام أو الإقالة، والإقالة أولى؛ لأن الأجل فى السلم يستحق دون القرض، وله حصة من الثمن.

فرع: قال: إن كانا عرضين واستويا فى الجنس والصفة - جاز مطلقًا، وألغى تفاوت الآجال والآمال؛ لعدم التهمة فى العُروض، وإن اتفقا جنسًا لا صفة، واتفقت الآجال، جاز؛ لأن اتفاق الأجل يضعف التهمة على المكايسة، وإن اختلفت الآجال ولم يحلا وهما من مبايعة، امتنع إذا كان أحدهما أجود؛ لأن تعجيل الأدنى: ضع وتعجل، [والأجود] معاوضة على طرح الضمان.

وكذلك إذا كانا من قرضين. فإن كان أحدهما قرضًا والآخر بيعًا، وحل القرض، أو هو أولهما حلولًا - امتنع؛ لأن الحال أو الأقرب إن كان الأجود، فهو حط للضمان الواجب فى السلم بما بذله من زيادة القرض إن كان القرض الذى حل هو

الأدنى، فقد وضع من السلم الذى له على أن عجّل له.

وضابط هذا الباب: أن ما حل أو أقرب حلولًا كالمقترض[١] المدفوع عن الدين الأخير، فيتقى أحد الفسادين، فيمنع، أو لا يقع فى أحدهما، وقد علمت أن العرض سلم: يمتنع تعجيل الأجود منه أو الأدنى، وكذلك القرض فى الأدنى لـ: ضع وتعجل، بخلاف الأجود؛ لأن له التعجيل فى القرض، وإن كره ربه؛ لإفضائه لبراءة الذمم، ويعتبر - أيضًا - فى القرض زيادة العدد، فيمتنع على المشهور.

فرع: فى الكتاب: تجوز الحوالة بطعام السلم على طعام القرض، وبالعكس، وبطعام القرض على القرض بصفة واحدة، حالين أو مؤجلين، اختلفت الآجال أم لا، أو أجل أحدهما فقط إلا أن يكون أحدهما سمراء والآخر محمولة، فيمتنع، إلا أن يحلا؛ لئلا يكون فسخ الدين فى الدين.

ويمتنع سلم من سلم، حلت الآجال أم لا؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن كان أحدهما من سلم، والآخر من قرض، وحلا والصفة والمقدار متفق - جاز؛ لأن القرض موضع المعروف، وإن لم يحلا أو أحدهما، امتنع؛ لأن التعجيل يشعر بالمكايسة، فيكون بيع الطعام قبل قبضه.

فرع: قال: لا تأخذ فى الدين الحال أو المؤجل منافع: دارًا أو أرضًا روية، أو ثمرة أزهت؛ لأنها يتأخر قبضها، فهو كفسخ الدين فى الدين.

ووافقنا (ش)، و (ح) فى دين السلم دون دين القرض.

قال سند: وعن مالك: الجواز؛ لأن تسليم الرقاب تسليم للمنافع.

ولأنها لو كانت صداقًا فسلمها وجب على المرأة تسليم نفسها. ولأن[٢] كراء الدار بالدين جائز، فلو كانت دينًا لامتنع، لنهيه - عليه السلام - «عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[٣].

وعنه: إذا كان هذا يستوفى قبل أجل الدين جاز، وإلا امتنع؛ لئلا يكون ربا الجاهلية، وهذا إذا كانت الدار ونحوها معينة، وإلا فلا.

---

(١) فى أ: المقرض.
(٢) فى ط: ولكن.
(٣) تقدم.

فرع: قال اللخمى: فسخ الدين فى الدين جائز إذا فسخ دنانير حالة أو مؤجلة فى مثلها جودة ومقدارًا، أو فى أدنى؛ لأنه معروف، ويمتنع فى المعجل والأجود؛ لأنه سلف بزيادة، أو فى دراهم؛ لأنه صرف مستأخر، [و] لا فى عرض؛ لأنه ربا الجاهلية فى قولهم: إما أن تقضى أو تُربى، وكذلك العرض فى العين، أو قبل الأجل ليؤخره لأبعد منه؛ لأنه لا يفعل إلا بزيادة، وفسخه قبل الأجل ليأخذه عند الأجل، أو بعد ذلك [قبل الأجل] ممنوع نقدًا، ويمتنع فسخه فى أقل [منه] قيمة.

فرع: فى الكتاب: لا تبع بالدين سلعة بخيار، أو أمة تتواضع، أو سلعة غائبة على الصفة؛ لأنها يتأخر قبضها.

قال ابن يونس: وأجازه أشهب؛ لأنهما معينان، لا فى الذمة دينًا.

فرع: قال اللخمى: إذا أخذ طعامًا فكثر كيله فيتأخر اليومين لأجل المحمولة، أجازه مالك.

قال محمد: وكذلك إذا شرع فى الكيل وهو يقيم شهرًا؛ لعدم التهمة فى دفع ثمن التأخير.

فرع: قال مالك فى كتاب المديان: إذا أمرته بدفع دراهم لك عليه لمن استقرضكها، فأعطاه بها دنانير برضاه - جاز، وليس لك منعه، واستحب لك اتباع الآخذ بدراهم، واختلف فيه قول مالك.

ولو قبض فيها عرضًا، لم تتبعه إلا بدراهم؛ لأنك إنما أسلفته ذلك، فله بيعه قبل قبضه بما شاء من ذهب وعرض، ولو أمرت له بدنانير لك دين، وللمأمور عليه دراهم، فله مقاصته إن حل الأجلان، وإن أمرته يقضى عنك دنانير، فَدَفَع دراهم فيها أو عرضًا، أو طعامًا، اتبعته بما أمرته به لا غيره من تصرفه معه، وفيه خلاف عن مالك، وأنه لا يربح فى السلف.

قال ابن يونس: إذا أمرته بدنانير، فدفع دراهم، لمالك ثلاثة أقوال:

يرجع بما دفع المأمور، وهو بالخيار.

ثم رجع فقال: ترجع بما أمرته.

وعلى قوله: لا يربح فى السلف إذا كان المدفوع عرضًا: ينبغى أن يرجع المأمور بالأقل من قيمة العرض، أو الدراهم المأمور بها، وقاله جماعة من شيوخنا.

قال محمد: وأما فى أقل من دينار لو أمرته بنصف دينار، فدفع دراهم فيها،

ترجع؛ لأن أمرك إنما كان بالورق.

وعن مالك: يخير أن يدفع لك ما دفع من الدراهم أو نصف دينار يوم الدفع فيعطيك الأقل، ورجع عنه مالك إلى ما تقدم.

فلو دفع طعامًا أو عرضًا، تعين نصف دينار ما بلغ؛ لأنه عقد أجنبى عنك بينه وبين الآخذ، وكذلك لو دفع دينارًا فصرفه الطالب فأخذ نصفه ورد نصفه إلى المأمور.

فرع: قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: يمتنع وضع المرأة صداقها لزوجها على أن يحجها؛ لأنه فسخ دين فى دين، وإن قالت له: إن حملتنى إلى أهلى فلك صداقى صدقة عليك فامتنع، فخرجت مبادرة إلى أهلها لتقطع الصدقة، سقط عنه[1] الصداق، وإن لم تخرج كذلك، فلا.

فرع: قال اللخمى: إذا سلمت المقاصة من الفساد الآن اعتبر ما تقدم، فإن كانا متساويين: ثمن قمح وثمن تمر - امتنع على أصل ابن القاسم؛ لاتهامهما فى بيع القمح بالتمر.

وفى الكتاب: إلا أن يكون العقدان نقدًا، أو الأول مؤجلًا والثانى نقدًا، وأخذ عن المبيع أولًا مثل ما يباع به نقدًا، فيجوز. وإن كان الثانى أكثر عينًا، امتنع، وكذلك لو كانا عرضين أسلم بعضهم لبعض فيها، فإن اتفق رأس المال أو الأول أكثر، جاز، أو الأول أقل، امتنع؛ لاتهامهما على سلف بزيادة، وإن كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير، امتنع - على قول ابن القاسم - لأنه صرف مستأخر.

وقيل: يجوز إن كان رأس مال الأول أقل فيما يكون الصرف دون سلم الأول.

فرع: قال: اختلف إذا تضمنت الصرف المستأخر أو بيع الطعام قبل قبضه: هل تفسخ المقاصة خاصة؛ لأنها المتضمنة للفساد، أو [المتضمنة] المبيع الأخير، ويصح الأول؟ قولان.

قال: والأول أحسن؛ لأن سبب التهمة ليس محققًا إلا أن تجرى بينهما عادة، فينفسخ البيع الأول والثانى.

---

(١) فى أ: بهذا.

تمهيد: نذكر قواعد شرعية تنبنى عليها المقاصة وبيوع الآجال، وما يدخل فيه سد الذرائع؛ لأن مالكًا - رحمه الله - يقدر الأسباب المبيحة معدومة، والمقتضى[1] للفساد موجود، والتقدير من الأمور العامة فى الشرع. فأبسط القول فيه فأقول:

التقدير: إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود، فإعطاء المعدوم حكم الموجود؛ كإيمان الصبيان قبل تعلمهم، وكذلك البالغون حالة الغفلة، وكفر أطفال الكفار[2] وعدالة الشهود حالة الغفلة، وكذلك فسق الفساق، والإخلاص والرياء فيمن مات على شىء من هذه الصفات.

فالشرع يحكم عليهم بهذه الصفات حالة عدمها، وتجرى عليهم أحكامها، ويبعثهم عليها بعد الموت..

وكذلك النيات فى العبادات حالة الغفلة فى أثناء العبادة، فهو فى حكم الناوى، وإن لم يكن متصفًا بالنية حينئذ، فالثابت فى حقه النية الحكمية دون الفعلية، وكذلك من تقدم.

وكذلك العلم فى العلماء، والفقه، والشعر، والطب، والصداقة، والعداوة[3]، والحسد حالة الغفلة عن هذه الصفات، وكذلك خصص الله - تعالى - الحاسد بقوله: ﴿وَمِن شَرِّ حَاسِدٍ إِذَا حَسَدَ﴾ [الفلق: ٥]. ففائدة التخصيص بقوله: ﴿إِذَا حَسَدَ﴾، ليتقى[4] الحسد الفعلى؛ لأنه الباعث على أذية المحسود، بخلاف الحكمى.

وكذلك إذا باع عبدًا سارقًا، فيُقطع، يقدر قطعه عند البائع، ويرد عليه.

وكذلك كل عيب نشأ فى المبيع؛ بسبب التدليس لا يمنع الرد، ويقدر تقدمه على ما تقدم تقريره فى الرد بالعيب.

والديون تقدر فى الذمم، والنقدان فى عروض التجارة، ويقدر الملك فى المملوكات، والرق والحرية والزوجية فى محالها.

---

(١) فى أ: والمقصود.
(٢) فى أ: الصغار.
(٣) فى ط: والعدارة.
(٤) فى أ: ليتقن

وإعطاء الموجود حكم المعدوم؛ كالماء مع المحتاج له لتعطيشه، والرقبة عند المكفر المحتاج إليها.

ومن النقدين: إعطاء المتقدم حكم المتأخر، والمتأخر حكم المتقدم، فالأول؛ كمن رمى سهمًا أو حجرًا فأصاب بعد موته شيئًا فأفسده، فإنه يضمنه، ويقدر تقدمه فى حال حياته؛ كالدية فى القتل متأخرة الاستحقاق عن الموت؛ لأنه سببها، ويقدر تقدمه قبل الموت، حتى يصح أن يورث عنه.

والثانى: كتقدير الحروف السابقة على الحرف الأخير من لفظ الطلاق، والبيع وسائر صيغ العقود مع الحرف الأخير، فحينئذ يقضى عليه بأنه متكلم بتلك الصيغ.

ولو لم يقدر أول الكلام عند آخره لما اعتبر الحرف الأخير؛ لأنه ليس سببًا شرعيًا، وكذلك تقدر النية فى آخر العبادات، وإن كانت متقدمة فى أولها، فنعده[1] ناويًا فى آخرها، وإن كان غافلًا عن النية حينئذ، بل كانت النية سابقة فى أول العبادة.

ولا يكاد ينفك شىء من العقود عن التقدير، وإيراده على المعدوم.

أما البيع: فقد يقابل الدين بالدين إجماعًا، كبيع درهم بدرهم، إلا أنه لا يتأخر، والإجارة إن قوبلت بمنفعة، كانا معدومين، أو بعين، كانت المنافع معدومة، والسلم والقراض يقتضى عوضه معدومًا، والوكالة إذن فى معدوم، والقراض، والمساقاة، والمزارعة، والجعالة، والوقف تمليك لمعدوم، تارة لموجود، وتارة لمعدوم، والرهن فى دين معدوم وقد يكون دينًا بنفسه، والوصية تصح بالدين المعدوم، والعوارى تمليك لمعدوم، وتمليك اللقطة مقابلة موجود بمعدوم، وحفظ الوديعة الواجب معدوم يوجد يقينًا مساوٍ، كذلك منافع النكاح، والنفقة، والسكنى، والكفالة: التزام بمعدوم، والحوالة بيع معدوم بمعدوم[2]، والصلح لا يخرج عن البيع، والإجارة، والإبراء، والهبة.

والعجب ممن يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الأصل، مع أنه عماد الشريعة ومعظمها. والأوامر، والنواهى، والإباحات، والأدعية، والوعد،

---

(١) فى أ: فنفره.
(٢) فى ط: بمعلوم.

والوعيد، والبشارة، والنذارة، والنذور والشروط وأجوبتها - لا تتعلق جميع هذه إلا بمعدوم.

فهذا التمهيد، وهذه القواعد وإن كانت تتعلق بالديون، فهى عظيمة النفع فى أبواب الفقه يحتاج إليها الفقيه حاجة شديدة، إن أراد أن يكون من فحول العلماء، وبسبب الإحاطة بهذه القواعد تتضح المدارك، ويتميز الصواب فى المذاهب من الخطأ، وتنشأ الفروق والتراجيح، وفى مثل هذه المواطن يتميز الجذع من القارح، والصالح لضبط الفقه من الطالح.

القسم السادس من الكتاب: فى معاملة العبيد

والعبد - عندنا - يملك ملكًا غير مستقر دون ملك الحر، وإذا ملكه سيده مالا، ملك.

وقال (ش)، و (ح): لا يملك مطلقًا، وإذا ملكه جارية، جاز له وطؤها - عندنا - خلافًا لهما.

احتجا: بقوله - تعالى -: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] فسلبه القدرة على العموم، فلا يملك، وإلا لكانت له قدرة.

وبقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِى مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ تَخَافُونَهُمْ﴾ [الروم: ٢٨]. فجعل حكم عبيدنا فى الملك معنا كحكم عبيده معه - سبحانه وتعالى -، وليس لأحد مع الله - تعالى- ملك، وكذلك عبيدنا معنا.

ولأنه مملوك فلا يملك؛ كالبهيمة.

ولأن الحربى يملك، فإذا رق زال ملكه، والذمى يملك فإذا ذهب لدار الحرب، ثم سُبِى فرق، زال ملكه، فإذا كان طريان الرق يزيل الملك ويمنع استدامته، فأولى إذا قارنه.

ولأن القول بالملك يقتضى التناقض، كأن يأذن السيد للعبد فى التجارة، وشراء الرقيق، ويأذن لهم[1]، فيشترى العبد الأسفل الأعلى من السيد، فيكون كل واحد رقيقًا لصاحبه، فيكون القاهر مقهورًا، والأعلى أسفل.

---

(١) فى ط: والإذن لهم.

ولأن الحر لا يملك مثله، فالعبد [لا يملك] مثله[(١)]، تسوية بين البابين[(٢)].

والجواب عن الأول: القول بالموجب؛ لوجهين:

أحدهما: أن «عبدًا» ليس صيغة عموم، فيقتضى أن عبدًا من العبيد ليس له ملك [ونحن نقول به][(٣)]، بل بعض الأحرار كذلك. وثانيهما: أنه وصفه بعدم القدرة، فلو كان العبد لا يقدر لزم التكرار.

وعن الثانى: القول بالموجب؛ فإن الله - تعالى - نفى المساواة، وهو صحيح، فإن ملك العبد لا يساوى ملك الحر.

أو نقول: وجه التنظير يقتضى ملك العبد إذا ملك، فإنا إذا ملكنا الله - تعالى - ملكنا.

وعن الثالث: الفرق: فإن العبد تعلقت به أكثر أحكام الحرية من التكاليف وغيرها، فتعلق به الملك، بخلاف البهيمة.

وعن الرابع: أن العبد إنما يملك إذا ملكه السيد، وفى الاسترقاق المذكور لم يملكه السيد شيئًا ثم نقول: الرق لا يمنع ابتداء النكاح، ويمنع دوامه إذا طرأ عليه، فإن سَبْى الزوج يمنع استدامة النكاح، وهو رق. والرق لا يمنع ابتداء النكاح، وكذلك السبى يسقط الدين عن المسبى، مع أن الرق لا يمنع ابتداء الدين.

وعن الخامس: أن بيع السيد العبد الأعلى للأسفل يقتضى بقاء ماله للحر ومن ماله العبد الأسفل، فيصير الأسفل أعلى والأعلى أسفل، وهذا لا يقتضى بطلان الملك؛ كمن استأجر مَن استأجرهُ، فإن كل واحد منهما مطالب لصاحبه بحقه.

وعن السادس: الفرق بين البابين: أن أحدهما فيه الشبهان بالأموال من جهة أنه يباع، وبالمالك من جهة أنه مكلف، فأمكن أن يكون يملك مثله لشبه الأموال، بخلاف الحر. فثم ينتقض ما ذكرتُم بالمنافع، فإن كل واحد من الحرين يجوز أن يملك منافع صاحبه بالإجارة.

ويتأكد مذهبنا بوجوه:

أحدها: قوله - تعالى -: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن

---

(١) فى أ: فالعبد بمثله.
(٢) فى أ: الناس.
(٣) سقط فى أ.

يَكُونُوا فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢]. فوصفهم بالفقر يدل على قبولهم للغنى، فإنه لا يقال للجماد: أعمى ولا أصم؛ لعدم قبوله للبصر والسماع.

ثم إنهم إما أن يكونوا فقراء، أو لا يكونوا، فقد اتصفوا بالغنى، وهو فرع الملك، فثبت أنهم يملكون، وإن كانوا فقراء، فقد قال الله - تعالى -: إنه يغنيهم، وخبره - تعالى - صدق، فلا بد أن يتصفوا بالغنى وهو فرع الملك، فصار الملك لازمًا للنقيضين فيكون واقعًا قطعًا؛ لأنه لابد من وقوع أحد النقيضين بالضرورة.

وثانيها: قوله - عليه السلام -: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ السَّيِّدُ»(١)

وثالثها: قوله: «من باعَ عَبْدًا ولهُ مَالٌ فَمَالُهُ للبَائِع إلا أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاع»(٢).

وجه الدليل من وجوه:

أحدها: أن «اللام» للملك عند إضافة المال لِقابل له، وهو قابل له؛ لأنه مكلف؛ لدوران قبول الملك مع التكليف، وجودًا وعدمًا، أما وجودًا: ففى الحُر، وأما عدمًا: ففى البهيمة.

وثانيها: أنه اشترط فى ملك البائع له أن يبيع العبد، ولو كان له قبل البيع لسقط التعليق.

وثالثها: لو كان العبد لا يملك لم يختص؛ لتخصيص البائع بالملك فى حالة مخصوصة، بل يكون له مطلقًا.

الرابع: على أصل المسألة: أن نقول: آدمى قابل للتكليف فيملك؛ قياسًا على الحر.

وخامسها: أن الدين سبب لإتلاف [أموال] الناس، فتعلق بالمأذون، والدين لا يثبت إلا حيث يتصور الملك، وإلا فلا فائدة فى الدين.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، وابن ماجه (٢٥٢٩)، والنسائى فى الكبرى كما فى تحفة الأشراف (٦/ ٨٤) (٧٦٠٤) عن ابن عمر.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٤٩) فى المساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب (٢٣٧٩)، وأخرجه (٤/ ٤٦٩) فى البيوع: باب من باع نخلًا قد أبرت (٢٢٠٤)، وأخرجه (٤/ ٤٧١) فى البيوع: باب بيع النخل بأصله (٢٢٠٦)، ومسلم (٣/ ١١٧٣)، فى البيوع: باب من باع نخلًا عليها تمر (٨٠/ ١٥٤٣).

وسادسها: أنه يملك الأبضاع وهى أعظم من الأموال، فوجب أن يملكها؛ قياسًا على الحر.

وسابعها: أنه يصح مخالعته على الأعواض، فوجب أن يملكها فى الخُلع وغيره؛ قياسًا على الحر.

إذا تقرر أن العبد يملك فهو مَحجورٌ عليه؛ لتعلق حق السيد بماليته، وماله يزيد فيها، فليس له التصرف فيه إلا بإذن السيد.

فرع: فى الكتاب: إذا أذن له فى التجارة تجر فيما شاء؛ لأن الإذن مطلق، ولزم ذمته ما داين الناس به من جميع أنواع التجارات؛ لأن الناس يغترون بتصرفه، والإذن فى الصنعة كالقصارة، ليس إذنًا فى التجارة، ولا فى المُدَاينة.

قال صاحب النكت: إذا أذن له فى نوع مخصوص، واشتهر ذلك وأعلنه، لم يلزم [ماله الدين فى غير ذلك النوع، كما إذا حجر عليه واشتهر ذلك، لم يلزم][1] ما داين بعد الحجر، ولا يعذر من جهل الحجر.

وعن ابن القاسم: إذا أذن له بالتجارة فى مال، وأمره ألا يعامل إلا بالنقد، فداين، تعلق الدين بالمال، وإن لم يكن غيره للمشترى، وكمن أذن له ألا يتجر إلا فى البز، فتجر فى غيره.

قال ابن القاسم: فإن قصر ما فى يديه عن الدين: استحسن أن يكون فى الذمة.

قال: وفيه ضعف.

قال سحنون: إذا شرط لا يجوز على العبد[2] تعديه.

قال: يحتمل أن يكون هذا الخلاف إذا لم يشهر ذلك.

وإذا أفسد المأذون فى الصنعة لا يكون ذلك فى أجرته؛ لأنها خراج للسيد، وكذلك لا يلزمه السيد [فى] آلة القصارة، إن كان السيد أعطاه ذلك ليستعين به، فإنها عارية.

قال الشيخ أبو الحسن: معنى قوله فى الكتاب: «الدين فى مال المأذون»، أى: إذا وُهِبَ له مال ليوفى ذلك منه، وأما إن وهب [له] لغير ذلك، فهو بمنزلة ما اكتسبه من غير التجارة.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: سيده.

وقال أبو محمد: سواء وُهِبَ بشرط أم لا، لايتعلق به الديْن؛ لأنه ليس من مال السيد، ولا من كسب عبده.

فرع: فى الكتاب: يجوز تأخير الغريم بالدين والحطيطة؛ لاستئلاف القلوب؛ لاندراجه فى الإذن للتجارة، ويمتنع غير ذلك؛ لأنه ضياع مال السيد، وليس للعبد الكثير المال الإنفاق على ولده إلا بإذن سيده، ويجوز إطعامه للاستئلاف، وتمتنع عاريته.

قال ابن يونس: وقيل: تجوز العارية للمكان القريب، وإعطاء السائل الكسرة؛ لأنه مأذون فيه عُرفًا.

قال اللخمى: فإن وَهَب، أو أخذ الثمن أكثر من العادة، رد الجميع، وإذا رد السيد الهبة، أو الصدقة وهى معينة، بطل العقد، قُبضت أم لا، وتكون له إذا عُتِق[1] كانت فى يديه أو بيد المتصدق عليه، أو قيمتها [و] إن استهلكت.

وغير المعينة كقوله: لك عندى كذا، أو فى مالى كذا أو ذمتى، للسيد ردها - عند ابن القاسم - لأنها تنقصه.

وخالف أشهب؛ لعدم التعيين؛ لأنه لا يؤخذ بها إلا بعد العتق، فلا ضرر، وللسيد - بعد القبض - الرد اتفاقًا؛ لتعينها[2] بالقبض.

فرع: قال اللخمى: إذا تعدى على وديعة عنده، ولا مال له، هل تكون فى ذمته أو رقبته؟ وإذا كانت فى ذمته: فهل للسيد إسقاطُها؟

قال ابن القاسم: ذلك [له] فى المحجور عليه دون المأذون.

وقال أشهب: إذا كان لا يودع[3] مثله، فلا شىء عليه حتى يملك نفسه بالعتق.

وقال يحيى بن عمر: هى من ضمانه، وقال مالك: هى جناية.

قال: وأما الوديعة إن كانت عينًا وهو مؤتمن، فهى فى ذمته؛ لأن له تسلفها على أحد الأقوال، فإن كان معسرًا أوهى عرض، حسن الاختلاف، وكونها فى الذمة

(١) فى أ: إذا عين.
(٢) فى أ: لنفسها.
(٣) فى ط: يستودع، وفى أ: ينتزع.

أحسن؛ لأن المالك وضع يد العبد مختارًا، بخلاف المدعى إرسال سيده له.

ولو قال: أرسلنى فلان، لم تكن فى رقبته؛ لإمكان صدقه.

فرع: فى الكتاب: غير المأذون لا يتبع بدين إلا فى ذمته بعد العتق؛ لأن الأصل: عصمة مال السيد فيه، إلا أن يسقطه عنه السيد أو السلطان؛ لأن ذلك يعيبه، وليس لأحد أن يعيب مال غيره.

فرع: قال: كل ما استهلك المأذون مما أخذه بإذن ربه من وديعة أو غيرها، ففى ذمته، لا فى رقبته، وليس للسيد فسخه عنه؛ لأنه أذن له.

فرع: قال: للمأذون بيع أم ولده إن أذن له السيد، وتباع فيما عليه من دين؛ لأنها ماله، ولا حرية فيها، ولأنها قد تكون حبلَى وحملها للسيد، والديْن محقق، والولد موهوم، ولا يباع ولده منها لأنه ليس على ماله.

قال صاحب النكت: إذا بيعت فى الدين فظهرت حاملًا:

قيل: للسيد فسخُ البيع؛ لحقه فى الحمل.

وقيل: لا؛ لأن البيع وقع صحيحًا.

والفرق بين بيع هذه، والمكاتب يبيع أم ولده - إذا خاف العجز - وقد تكون حاملًا، وحملها مكاتب، لا يشترط إذن السيد: أن خوف العجز كالدين على المأذون؛ لأن كليهما بيع فى حق عليه، والأمة التى يطؤها المأذون بخلاف الولد؛ لأن أم الولد دفعت للإيلاد.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى المأذون ولده وعليه ديْن، بيع فى ديْنه؛ لأنه أتلف مال غُرَمائِه.

فرع: قال: للسيد رد ما وَهَبَ العبد، أو المكاتب، أو أم الولد، أو تصدقوا به، فإن استهلك، فالقيمة لهم إلا أن يكون انتزاعًا من غير المكاتب، فيقبضها هو.

فرع: قال: إذا أذن فى التجارة فى مال دفعه له، فالديْن فيه دون مال العبد، وبقيته فى ذمته لا فى رقبته، ولا فى ذمة السيد؛ لأن الإذن يوجب التعليق بالمال والذمة، وإنما يتعلق برقبته الجنايات.

وقال (ح): يباع فى الدين؛ لأنه حق كالجناية.

لنا: أنه - عليه السلام - لم يزد فى غرماء معاذ على أن خلع لهم ماله(١).

ولأنه إنما عومل على ماله دون رقبته، فلا يباع؛ لأنه إضرار بالسيد ولم يدخل عليه.

فرع: قال: لا يحاص السيد غرماء عبده بما دفع إليه من المال؛ لأنه لم يدخل على أن ذلك المال دين عليه، بخلاف الغرماء، إلا أن يعامله بعد ذلك فيسلفه أو يبايعه بغير محاباة، فيحاص بذلك فيما دفع إليه من المال للتجارة، وفى مال العبد؛ لأنه دخل على المداينة كالغرماء، فإن رهنه العبد رهنًا، فهو أحق به، وإن باعه سلعة بما لا يشبه كثرة، فالغرماء أحق منه.

قال ابن يونس: قال يحيى بن عمر: ويضرب معهم بقيمة السلعة وتسقط المحاباة، وإن فلس وفى يده مال للسيد لم يتجر فيه، فالسيد أحق به، بخلاف ما اتجر به؛ لأنه غير ماله، كالبائع يجد سلعته، وما وهب للمأذون وقد اغترقه الدين، فللغرماء دون السيد؛ لأن إذنه فى التجارة يتسلط على ما لا يكون ملكًا له، والسيد أحق بكسبه، وعمل يديه، وأرش جراحه، وقيمته إن قتل؛ لأنه ناشئ من عين ماله، وإنما يكون الدين فيما وهب له، أو تصدق به عليه، أو أوصى به له، فيقبله العبد، وقد تقدم خلاف عبد الحق فى الهبة.

فرع: فى الكتاب: إذا باعه سلعة معينة ففلس العبد، فسيده أحق بها، إلا أن يدفع الغرماء ماله على قاعدة التفليس، فإن أسلم له أو لأجنبى دنانير فى طعام، ثم فلس، فهو أحق بعينها من الغرماء، إن شهدت بعينها بينة لم تفارقه.

قال صاحب النكت: قيل: اشترط ههنا عدم مفارقة البينة، فلو فارقت ثم شهدت بأعيانها، لا [تقبل](٢)، بخلاف من استحق دنانير، تقبل شهادتهم وإن غاب عليها؛ لأنه غير راض بالدفع، بخلاف الأول.

فرع: فى الكتاب: إقرار المأذون - فى صحته أو مرضه - لمن لا يتهم عليه قبل قيام غرمائه، جائز؛ لأن من صح إنشاؤه صح إقراره، ويجوز إقراره بالدين على ما بيده من المال، وإن حجر عليه سيده فيه، ما لم يفلس؛ لأن الإذن فى التجر إذن فى الدين.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٥٧) عن جابر بن عبد الله، وانظر: ضعيف ابن ماجه للشيخ الألبانى (٥١٦).

(٢) فى ط: يحكم بأعيانها.

[قال صاحب النكت][(١)]: قيل: يريد: إذا كان بقرب الحجر، وإلا فلا، وإن دفع غريم له دينه بعد الحجر جاهلًا بالتحجير، لا يعذر - على قول ابن القاسم - كالدافع للوكيل بعد العزل جاهلًا بالعزل، وهذا إذا قبض ماله، أما إذا حجر وترك المال بيده برئ مَنْ قضاه جاهلًا؛ لأن بقاء المال غرور للناس، فيعذر الدافع بالجهل.

وفى الجواهر: قال ابن وهب: لا يقبل إقراره بعد الحجر مطلقًا.

فرع: قال صاحب النكت: إذا عجز المكاتب وبيده مال وهو قبل الكتابة مأذون له فى التجارة، بقى على ذلك حتى يحجر عليه، أو محجورًا عليه، رجع إلى ما كان عليه.

وقيل: لا يرجع الإذن؛ لأن الكتابة أسقطت حكمه.

فرع: قال: إذا ادعى السيد الثوب الذى أقر به المحجور عليه لفلان، يحلف على البت أن هذا مال لعبدى، إن علم شراءه أو ملكه إياه، وأما إن قال: هو بيد عبدى، حلف: ما أعلم فيه لفلان حقًا.

قال ابن يونس: فى كتاب محمد: إذا أعلن الحجر عند الحاكم، وفى سوقه، وسائر الأسواق، لم يلزمه الإقرار، لا مستأنفًا ولا قديمًا، إلا أن تقوم بينة بقدمه.

وقال النعمان: يلزم[(٢)] فيما فى يديه دون رقبته؛ لأنه مضطر لبراءة ذمته.

فرع: فى الكتاب: لا يلزم السيد عهدة ما اشتراه المأذون؛ لأن الأصل: براءة ذمته من العهد، إلا أن يقول: أنا ضامن، فيلزم ذمة العبد أيضًا، ويباع [العبد] فى ذلك إن لم يوفه السيد؛ لأنه أعظم من الجناية؛ لأنه لم يلتزمها.

فرع: قال: لا أرى الإذن للعبد النصرانى فى المبيع، لقوله تعالى: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [النساء: ١٦١].

فرع: قال: لا يجوز لأحد الشريكين فى العبد الإذن للتجارة دون صاحبه، ولا قسمة ماله، إلا أن يرضى الآخر؛ لأنه ينقص العبد، ومن دعى إلى بيعه منهما، فذلك له؛ نفيًا للضرر، إلا أن يتقاوماه[(٣)] بينهما؛ لأنه أقرب لبقاء الملك مع نفى الضرر.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: يغرم.
(٣) فى ط: يتقاوياه.

قال اللخمى: منع مالك استقلال أحد الشريكين بقسمة المال - إذا كان بقاء المال يزيد فى ثمنه أكثر من ذلك المال، فإن زاد مثله، قدم طالب القسمة؛ لأن الأصل التصرف فى الملك ما لم يضر بالشريك.

فرع: قال:

إذا أحاط الدين بمال المأذون فادعى السيد أن ما بيده له، وقال [العبد][(١)]: لى - صدق العبد؛ تشبيهًا بالحر بسبب الإذن، ويصدق السيد فى غير المأذون؛ لقوة الملك، والقدرة على الانتزاع.

فرع: قال: لا يحجر على عبد إلا عند السلطان، فيوقفه السلطان للناس، ويشهره فى مجلسه، ويشهد على ذلك فيحذر الناس معاملته، وكذلك غير العبد.

وإذا اغترق الدين مال المأذون، فللسيد الحجر عليه، ولا شىء للسيد فى ماله، إلا أن يفضل عن دينه كالحر، وليس للغرماء الحجر عليه، بل يقومون عليه فيفلسونه كالحر. وفى الجواهر: وقيل: يكفى فى الحجر السيد، كما يكفى فى الإذن.

قال اللخمى: إذا لم تطل إقامته فيما أذن له فيه، كفى حجر السيد، ويذكر ذلك عند من يخالطه، وإلا فلابد من السلطان، فإنه الحاسم لضرر الناس.

فرع: قال ابن يونس: قال فى كتاب الشركة: للمأذون أن يدفع مالًا قراضًا؛ لأنه من باب التنمية.

وقال سحنون: لا يدفع قراضًا ولا يأخذه؛ لأنه إجارة ولم يؤذن له إلا فى التجارة.

فرع: فى الجواهر: لا ينبغى الإذن لغير المأذون إذا كان يتعاطى الربا، فإن فعل وكان يعمل بالربا، تصدق السيد بالربح، وإن جهل ما يدخل عليه من الفساد فى البيع، استحب التصدق بالربح؛ لعدم تعين[(٢)] الفساد، وكذلك العبد والذمى إذا تجر مع المسلمين، فإن تجر مع أهل دينه فأربى، أو تجر فى الخمر، فعلى القول بأنهم مخاطبون بالفروع، فكالأول، وإلا سوغ للسيد ذلك إن تجر بنفسه، وإن تجر للسيد، فكتولى السيد لذلك؛ لأن يد الوكيل كيد الموكل.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: نفى

فرع: فى الجواهر: إذا باع غير المأذون انعقد، ووقفت إجازته على إذن السيد؛ لأنه أهل للمعاملة، وإنما منع لحق السيد، ويجوز قبوله للوصية والهبة دون إذن سيده؛ لعدم الضرر، ويخالع امرأته.

قال اللخمى: والمدبر وأم الولد على الحجر، والمعتق بعضه فى يوم سيده، كذلك، وفى يومه، كالحر، وله البيع إلى أجل بالمال الذى حصل له بالمقاسمة، وهو فى الهبة، والنكاح، والسفر على الحجر، والمكاتب على الإطلاق، إلا فى الهبات والصدقة والنكاح؛ لأنها تؤدى إلى التعجيز.

وفى السفر قولان؛ نظرًا للحجر، أو لأنه قد ينمى ماله فيستغنى[1] به عن الكتابة.

قال: وأرى: أن ينظر إلى المكاتب فى الوقوف بغيبته ورجوعه قبل حلول نجم فيجوز، وإلا منع.

فرع: قال اللخمى: إذا أذن السيد للعبد حرم عليه تجاوز إذنه، فإن أذن فى البز فاشترى غيره، لم يتعلق بالمال، فإن أشكل: هل أذن له فى هذا أم لا؟ ففى[2] كونه يتعلق بالمال الذى بيده، قولان: مع الفوات، ومع القيام للسيد رده، وألزمه فى الكتاب - إذا أذن فى نوع - سائر الأنواع؛ لأنه أقعده للناس، وقال أيضًا: ذلك ليس بعذر.

وقال: أيضًا: إذا أذن فى النقد فباع بالنسيئة لا يلزمه.

وقال سحنون: يلزمه، وأرى: إن كان ذلك العبد لا يقف عند المأذون فيه - أن يلزمه؛ لأنه غرّ الناس، فإن هلك المبيع بغير سبب العبد أو نقص، لم يلزمه، أو بسببه ولم يصون به ماله، لم يتعلق بما فى يده، وإن صون، كان فيه الأقل من الثمن أو القيمة، فإن باعه والثمن موجود، فعليه الأقل من الثمن الأول أو الثانى؛ لأن الأصل: براءته، وإن ضاع الثمن، لم يلزمه الغرم من ذلك المال، وإن باع بالنسيئة فتغير السوق، يُخير فى الإجازة والرد، وإن نقص بأكل أو لبس فللسيد الإجازة، والأخذ بالقيمة نقدًا، وإن لم ينظر فيه حتى حل الأجل، فله أخذ الثمن.

---

(١) فى ط: فيستعين، وفى أ: ميتغنى.

(٢) فى أ: مع.

ويختلف: هل يغرم العبد البعض أو يكون فى رقبته؟ وللسيد قبول المبيع نسيئة بالأقل من الثمن أو القيمة، إلا أن يرضى البائع بأخذه بعينه.

القسم السابع من الكتاب: فى اختلاف المتبايعين:

ويتضح بالنظر فيما يقع فيه الاختلاف، وفيما يترتب على الاختلاف من تحالف[١] وغيره.

النظر الأول: فيما يقع فيه الاختلاف، وهو أحد عشر قسمًا:

القسم الأول: الاختلاف فى وقوع العقد، فيصدق منكره مع يمينه إجماعًا.

القسم الثانى: الاختلاف فى صحته وفساده.

ففى الجواهر: مذهب الكتاب: يصدق مدعى الصحة؛ لأنها الأصل فى تصرفات المسلمين.

وقال المتأخرون: ما لم يؤد ذلك للاختلاف فى الزيادة فى الثمن، أو نقصانه، فيرجع الحكم إلى الاختلاف فى قدر الثمن.

قال عبد الحميد، وغيره: لو غلب الفساد صدق مدعيه.

القسم الثالث: الاختلاف فى تعجيل العقد وتأجيله:

قال سند: إذا اختلفا فى تأجيل الثمن قبل قبض السلعة، فثلاثة أقوال:

يتحالفان، ويتفاسخان - عند جمهور الأصحاب، و (ش) - ؛ كالاختلاف فى جنس الثمن؛ لأن الأجل يوجب اختلاف الرغبة فى الثمن كما يوجبه اختلاف الجنس.

ويصدق المشترى فيما لا يتهم على مثله - عند ابن القاسم - لعدم التهمة، والأصل: عدم استحقاق المال، ويصدق [البائع][٢] لابن القاسم - أيضًا - و (ح)، وابن حنبل؛ لأن الأصل: استمرار ملكه على سلعته، إلا بما أقر بالرضا به.

فإن اختلفا بعد قبض السلعة، فثلاثة أقوال:

يتحالفان ويتفاسخان.

ويصدق البائع.

---

(١) فى ط: مخالف.

(٢) سقط فى أ.

وإن ادعى المشترى[١] أجلًا قريبًا، صدق.

كلها لابن القاسم.

فإن فاتت السلعة، فثلاثة أقوال:

يصدق البائع عند ابن القاسم.

يصدق المشترى عند مالك؛ لأن البائع ائتمنه، والأصل: براءة ذمته من الحال.

ويتحالفان ويتفاسخان.

فثلاثة أقوال فى جميع المسألة:

يقدم البائع مطلقًا، قاله (ح)، وابن حنبل.

ويقدم المبتاع، قاله (ش).

والتفصيل: إن اتفقا على الأجل واختلفا فى قدره قبل التفرق، تحالفا وتفاسخا، ويجرى على الاختلاف فى قدر الثمن قبل التفرق.

وفى الكتاب: إذا اتفقا على الأجل دون قدره ولم تفت، حلفًا، وردت، وإن فاتت بيد المبتاع، صدق مع يمينه؛ لأن البائع ائتمنه، [ولأن البائع أعرف بالأجل، وادعى حلوله، والأصل: عدمه.

وعن مالك: يصدق][٢] مع يمينه فيما يشبه فى الموضعين، فإن اتفقا على قدر الأجل وتنازعا فى حلوله، صدق المبتاع مع يمنيه، وكذلك رب الدار والأجير؛ لأن الأصل عدم الحلول.

وفى الجواهر: الاختلاف فى الأجل كالاختلاف فى مقدار الثمن، غير أنه [قد][٣] اعتيد الشراء بالنقد فى بعض السلع، فصار عُرفًا، فيرجع إليه.

ونزل بعض المتأخرين اختلاف الأصحاب على العوائد.

وقيل: التفرقة بين قريب الأجل فيتحالفان ويتفاسخان كالاختلاف فى قدر الثمن، وبين بعيده، فيصدق البائع.

القسم الرابع: الاختلاف فى جنس الثمن:

---

(١) فى ط: المبتاع.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى ط.

ففى الجواهر: إذا اختلفا فى جنس الثمن؛ كالثوب، والشعير - تحالفا وتفاسخا؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر.

القسم الخامس: الاختلاف فى النوع؛ كالقمح والشعير.

ففى الجواهر: قيل كالجنس، وقيل: كالقدر؛ لاتحاد الجنس.

القسم السادس: الاختلاف فى مقدار الثمن:

ففى الجواهر أربع روايات: يتحالفان ويتفاسخان، إلا أن يقبض المشترى المبيع، فيصدق.

ويتحالفان ويتفاسخان بعد القبض ما لم يبن بالمبيع، فيصدق؛ لأنه ائتمنه.

ويتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت بتغير السوق أو بدن، فيصدق، وهى رواية الكتاب؛ لأنه غارم.

ويتحالفان ويتفاسخان وإن فاتت؛ لأن القيمة تقوم مقام العين، ولذلك سميت قيمة.

وبمذهب الكتاب قال (ح)، وبالأخير قال (ش).

وفى النسائى: قال - عليه السلام -: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ»(١)

وفيه: أنه - عليه السلام - أَمَرَ الْبَائِعَ بِالْحَلِفِ، ثم يختار المبتاع الأخذ أو الترك.

وفى الترمذى قال - عليه السلام -: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِى الْبَيْعِ وَالسِلْعَةُ كَمَا هِىَ لَمْ تُسْتَهْلَكْ، فَالقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرادَّانِ الْبَيْع»(٢).

والأول مقطوع، والثانى مرسل، والثالث ضعيف.

ولأن كل واحد منهما مدعٍ، ومدعى عليه؛ لأن البائع يدعى عقدًا بألف، ويُدَّعى عليه عقد بمائة، والمشترى يدعى عقدًا بمائة، ويدعى عليه عقد بألف، فيتحالفان؛ كما لو ادعى رجل ثوبًا وادعى عليه فرسًا، أو لأن البائع معترف للمشترى بالملك، ويدعى عليه زيادة الثمن، والأصل عدمها.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٥) فى البيوع: باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٣٥١١).
وأخرجه النسائى (٧/ ٣٠٢) فى البيوع: باب اختلاف المتبايعين فى الثمن. والدارقطنى فى السنن (٣/ ٢٠)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٥) فى البيوع باب إذا اختلف البيعان وقال هذا صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأقره الذهبى. وعبدالرحمن بن قيس مجهول الحال وكذلك أبوه قيس وكذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم. انظر نصب الراية (٤/ ١٠٥، ١٠٦).

(٢) أخرجه - بلفظه - الدارقطنى فى سننه (٣/ ٢٠) عن ابن مسعود، وأخرجه الترمذى (١٢٧٠) بلفظ: (إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار).

فرع: قال المازرى: كل ما يؤدى إلى الاختلاف فى الثمن؛ كالأجل، والحميل، واشتراط الخيار فكالاختلاف فى الثمن، ثم ينظر فى مدعى الخيار: هل يمضى العقد فلا يفتقر إلى يمين، أو يرد فيختلف فى من يصدق منهما؟

فرع: فى الجواهر: دعوى الأشبه مع الفوت[١] معتبر اتفاقًا، ومع قيام السلعة، فقولان:

المشهور: عدم الاعتبار؛ للقدرة على رد السلعة، ودفع التغابن.

قال أبو الطاهر: وهذا ينبغى أن يكون اختلافًا فى حال يعتبر الأشبه إن أبعد الآخر، ولا يعتبر إن ادعى الآخر ما هو غير ممكن، وما يتغابن الناس بمثله.

وفى الكتاب: إن أتيا - مع الفوات - بما لا يشبه، فالقيمة يوم الشراء؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر بسقوط العقد، وتجب القيمة.

فرع: فى الكتاب: الفوات حوالة الأسواق فأعلى، أو المبيع[٢].

فرع: قال: إذا اختلفا فى كثرة رأس مال السلم[٣] بعد العقد أو عند حلول الأجل، ولم يتغير سوق الثوب الذى هو الثمن، ولا تغير - تحالفا وتفاسخا؛ لأن ثبوت السلم فرع ثبوت الثمن، فإن تغير سوقه أو بدنه، صدق البائع؛ لأنه - بالتغير - صار دينًا عليه، فهو غارم.

فرع: قال: إذا قال: أسلمت هذا الثوب فى إردب، وقال الآخر: بل هذين الثوبين لثوبين غيرهما، وشهدت البينة بالجميع، أخذ الثوبين فى إردبين؛ لأنهما صفقتان.

فلو قال: بل هذا العبد مع الثوب قضى بالبينة الزائدة، ويلزمه إردب بهما.

ولو قال: العبد والثوب فى شعير، وشهدت بذلك البينة، وشهدت بينة الآخر بالثوب فى قمح - قضى بأعدلهما؛ لأنه تعارض، فإن تكافأتا، تحالفا وتفاسخا؛ لاختلافهما فى الجنس.

قال صاحب التنبيهات: قال ابن عبدوس: مسألة الثوب فى إردب والثوبين فى إردب، ذلك إذا كانا فى مجلسين، وإلا فهو تكاذب، وجوز غيره اتحاد المجلس.

قال سند: إذا تقاررا على اتحاد العقد، فالعبد للمبتاع ببينة، وإن كان الثوب

---

(١) فى ط: القرب.
(٢) فى ط: والمنع.
(٣) فى ط: المال المسلم.

[بيد][(١)] المبتاع، فلا يأخذه البائع؛ لأنه ملك المبتاع، وإن كان بيد البائع، لم يجبر المتباع على أخذه؛ لأنه كذب البينة والبائع فيه، وهو لا يدعيه، وحيث يتحالفان: يحلف كل واحد منهما على إثبات دعواه، ونفى دعوى خصمه.

القسم السابع: الاختلاف فى قبض الثمن:

ففى الجواهر: الأصل: عدم القبض فى الثمن والمثمن حتى يثبت الانتقال: إما بالبينة أو بعادة مستقرة؛ كاللحم ونحوه مما يشترى من أصحاب الحوانيت، فإذا قبضه المشترى وبان به، صُدق فى دفع الثمن، وفى تصديقه إذا قبض ولم يبن خلاف، سببه: شهادة العوائد.

وفى الكتاب: إذا اختلفا فى دفع الثمن بعد قبض المبيع والبينة[(٢)] عليه، صُدق البائعُ مع يمينه، إلا فيما يباعُ بالنقد؛ كالصرف، والخضر، والحنطة فيصدق المشترى؛ لأنه العادة.

قال سند: لو كان عرف فاسد فى تأخير ثمن الصرف، يخرج على الخلاف فى دعوى الفساد والصحة، إن كانا مسلمين، ويرجع فى الرَّهْنيْن إلى العادة.

فرع: فإن كان بين المتابعين مكتوب، لا يصدق على الدفع إلا ببينة؛ لأن العادة: أن المشهور به لا يدفع إلا ببينة.

فرع: قال سند: إذا اختلفا فى قبض [المبيع قبل قبض][(٣)] الثمن، صدق [المبتاع مع يمينه؛ لأن الأصل: عدم القبض، أو بعد القبض للثمن، صدق][(٤)] مَن شهدت له العادة مع يمينه، وإلا صدق المبتاع؛ لأن الأصل: عدم القبض.

فإن أشهد المبتاع على نفسه بالثمن:

قال ابن القاسم: لا يصدق؛ لأن الإشهاد يتضمن قبض المبيع.

وقال ابن عبد الحكم: الإشهاد بالثمن لا يتضمن قبض المبيع.

فرع: قال: إذا أشهد على إقرار البائع أنه قبض الثمن، فقال: أشهدت لك ولم توفى:

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: والغيبة.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

قال مالك: لا يمين على المبتاع حتى يأتى بسبب يدل على دعواه.

فرع: قال اللخمى: إذا كانت العادة: أن الدنانير وازنة [بسوق][(١)]. وقال البائع: لم أعلم العادة، فإن كان من أهل البلد، لم يصدق، أو طارئًا، صدق، أو شُك فيه، أحلف: أنه لا يعلم ذلك، وخُيّر المشترى بين القبول على الوازنة، أو يرد، وكذلك إذا كانت العادة للقنطار عشرة أرطال، أو مختلف الوزن.

القسم الثامن: الاختلاف فى صفة المبيع، ففى الكتاب:

إذا قال: شرطت نخلات يختارها بغير عينها، وقال المبتاع: بل شرطت اختيارها بعينها، تحالفا وتفاسخا؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر.

القسم التاسع: الاختلاف فى مقدار المبيع.

قال سند: جوز فى الكتاب: السلم بذراع رجل معين، فإن مات قبل أن يؤخذ[(٢)] قياسه، واختلفا فيه، فهو كما إذا اختلفا فى مقدار السلم.

ولو أسلم على عدد من غير تعيين، ولم يكن ثَمّ ذراع معلوم - قضى بالوسط، وإن قال البائع: بذراعى، وقال المشترى: بل بذراعى، قضى بالوسط.

قال أصبغ: القياس: الفسخ، لعدم الانضباط.

وجوابه: أن أهل العُرف لا يعدون إطلاق الذراع غررًا، بل يعتمد على الوسط.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفا فى العدد أو الوزن أو الصفة، صُدق البائع مع يمينه، إن ادعى ما يشبه؛ لأن الأصل: عدم انتقال ملكه فى الزائد، وإلا فالمشترى فيما يشبه؛ لأن البائع يدعى عليه شغل ذمته بغير ما اعترف به، والأصل: براءتها، فإن اختلفا فى النوع؛ كالفرس، والحمار، أو الشعير والبُر، تحالفا وتفاسخا؛ لعدم اتفاقهما على ما ينضبط، وليس أحدهما أولى من الآخر.

قال صاحب التنبيهات: قوله: فيما يشبه، إنما هو فيما فات - عند ابن القاسم- لقوله - عليه السلام - فى الموطأ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، فَالْقَوْلُ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ»[(٣)].

---

(١) فى ط: يحسن.

(٢) فى أ: أن يوجد.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ - بلاغًا - عن ابن مسعود (٢/ ٦٧١) (٨٠) بلفظ «أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان».

قال سند: إذا اختلفا فى المقدار دون الجنس والصفة فى السلم قبل افتراقهما عند العقد، ولم يقبض البائع الثمن - تحالفا وتفاسخا؛ لأن البائع يدعى الثمن، والمتباع يدعى المقدار، فكلاهما مدعٍ.

وعن مالك: إذا قبض الثمن وقرب قبضه، تحالفا وتفاسخا، وإن تباعدا، صُدق المسلَم إليه مع يمينه فيما يشبه، فراعى زمنًا يذهب فيه الثمن. وألحق التونسى الطول بالقصر؛ لأن نقص الدراهم فوت.

قال أبو الطاهر: إذا كان رأس المال عينًا، واختلفا فى المقدار، فهل يُصدق المسلم إليه إذا قبض المثمن، أو غاب عليه، أو بعد أن يطول طولًا [ما](1)، أو بعد الطول الكثير؟ ثلاثة أقوال.

وإن اختلفا فى المقدار وأتيا بما لا يشبه، والثمن عرض ونحوه، تحالفا وتفاسخا، أو عينًا، فقولان:

الرجوع إلى الوسط من سلم الناس؛ لأنه معتاد فى العين بخلاف العرض.

ويتحالفان ويتفاسخان؛ قياسًا على العروض.

وهل يكون الفوات بحوالة الأسواق أو التغير فى العين أم لا؟ قولان؛ قياسًا على البيع الفاسد، أو يلاحظ صحة العقد ههنا.

القسم العاشر: الاختلاف فى المكان:

ففى الكتاب: إذا اختلفا فى مكان قبض السلم، صُدق مدعى موضع العقد مع يمينه إن ادعى؛ لأنه العادة، وإلا صُدق البائع؛ لأن المواضع كالآجال، فإن أتيا بما لا يشبه، تحالفا وتفاسخا؛ لاستوائهما.

القسم الحادى عشر: الاختلاف فى دعوى الخيار والبت:

ففى الجواهر: قال ابنُ القاسم: يصدق مدعى البت؛ لأنه الأصل فى العقود.

وعن أشهب: مدعى الخيار؛ لأن الأصل: عدم انتقال الملك، وبنى المتأخرون هذا الخلاف على تبعيض الدعوى.

تنبيه: قال صاحب الجواهر: تقسيم الاختلاف إلى هذه الأقسام هو طريق المتأخرين، أما غيرهم:

---

(١) سقط فى ط.

فقال القاضى أبو الحسن: إذا اختلفا فى مقدار الثمن أو المثمن أو التأجيل أو النقد أو الخيار فقال: لى، وقال الآخر: بل لى، أو اشتراط الرهن، أو الحميل - ففى ذلك كله ثلاث روايات. وحكى الروايات المتقدمة فى اختلاف الثمن إلا رواية البينونة مع القبض، ووافقه الأستاذ أبو بكر، وجعلا هذه الأقسام واحدة.

قواعد: يقع التعارض بين الدليلين، والبينتيْن، والأصليْن، والظاهرين، والأصل والظاهر، ويختلف العلماء فى جميع ذلك بالترجيح والتسوية.

فالدليلان: كقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، فتناول[(١)] الجمع بين الأختين فى الملك، وقوله - تعالى -: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] يقتضى المنع.

والبينتان ظاهر.

والأصلان نحو: العبد الآبق هل تجب زكاة فطره أو لا؟ لأن الأصل: حيازته، ولأن الأصل: براءة الذمة.

والظاهران كاختلاف[(٢)] الزوجين فى متاع البيت، ولكل واحد منهما يد ظاهرة فى الملك، وكشهادة عدلين على رؤية الهلال فى الصحو، فالظاهر: صِدقُهما؛ للعدالة (والظاهر: كذبهما؛ لعدم رؤية أهل المصر له[(٣)].

والأصل والظاهر: كالمقبرة القديمة، الظاهر: تنجيسها، فتحرم الصلاة فيها؛ للنجاسة، والأصل: عدم النجاسة، وكاختلاف الزوجيْن فى النفقة والكسوة.

وقد تقدم بَسْط هذه القواعد فى مقدمة الكتاب، وعليها يتخرج اختلاف المتبايعين، فإذا اختلفا فى جنس الثمن، تعارض أصلان، وإن أتيا بما لا يشبه، تعارض ظاهرن: دعوى الخيار والبت، تعارضُ أصل وظاهر، وترد الفروع فى الاختلاف على هذه القواعد.

قاعدة: فى ضبط المدعى والمدعى عليه حتى يتعين المدعى عليه فيصدق مع يمينه، والمدعى فلا يصدق إلا ببينة؛ لقوله - عليه السلام - فى الموطأ: «لَوْ أُعْطِيَ

---

(١) فى ط: يتناول.
(٢) فى ط: والظاهر: إن كان اختلاف.
(٣) سقط فى أ.

النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ عَلَىَ قَوْمٍ دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِن الْبَيِّنَةُ عَلَىَ مَن ادَّعَىَ وَالْيَمِينُ عَلَىَ مَنْ أَنْكَرَ»(١)، وليس المدعى هو المطلوب اتفاقًا، بل كل من عضد قولَه عرفٌ أو أصلٌ فهو مدعًى عليه، وكل من خالف قولَه عرفٌ أو أصلٌ فهو مدع، فالمُودَع يقبض ببينة، فلا يقبل قوله فى الرد إلا ببينة، فإن ادّعى الرد بغيرها، فهو مُدَّع، وإن كان مطلوبًا منه لا طالبًا، وكذلك دعوى الوصى فى إنفاق المال على خلاف العرف والأصل، نحو دعاوى الديون والإتلافات، فإن الأصل: براءة الذمم، وهذا معنى قول الأصحاب: المدّعى عليه: أقوى المتداعيين سببًا.

فعلى هذه القاعدة - أيضًا - يتعيّن من يصدق مع يمينه ممن لا يصدق.

النظرالثانى: فيما يترتب على الاختلاف من تحالف وغيره.

قال سند: معنى قوله فى الكتاب: يصدق البائع بعد أن يتحالفا، أى: يبدأ باليمين؛ لأن جانبه أقوى؛ لأن المبيع يعود إليه، فهو كصاحب اليد.

وعن ابن القاسم: يبدأ المبتاع؛ لأن الثمن من جهته، وهو فى جانب الثمن أقوى، ولاعتراف البائع بالعقد الناقل للملك.

وقيل: يتقارعان؛ لأنهما سواء وكلاهما يحامى عما تقرر ملكه عليه من الثمن والمثمن، فالبائع يقول: لا أخرج السلعة إلا بكذا، والمشترى يقول: لا أخرج الثمن.

قال: ولو قيل: يقدم المبتاع فى الفوت(٢) فى اختلافهما فى جنس الثمن؛ لأنه غارم - لكان حسنًا، وقاله (ح).

ومع قيامها قول البائع؛ لأن المبتاع يدعى عليه استحقاق سلعة بما لم يرضه، والأصل: بقاء ملكه.

وفى الجواهر: فى تقدم البائع: هل هو أولى أو واجب؟ خلاف ينبنى عليه، إذا تناكلا، فعَلَى الأول يثبت الفسخ كما إذا تحالفا. قاله ابن القاسم.

وعلى الثانى: يمضى العقد بما قاله البائع، قاله ابن حبيب.

وإذا فرعْنا على قول ابن القاسم: فهل لأحدهما الإمضاء وإن كره صاحبه؟

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: القرب.

قولان، وعلى قول ابن حبيب: هل على البائع[١] يمين؟ قولان، وبالأول قال القاضى أبو الوليد، وعلى الثانى أكثر الأشياخ.

قال سند: إذا نكلا يتخرج فيه قول بالرد إلى الوسَط، كما قيل: إذا أتيا بالأشبه، وههنا لم يأتيا بحجة.

فرع: قال: فإذا حلف أحدهما [يحلف][٢] يمينًا واحدة على النفى والإثبات، فيحلف البائع: ما باع إلا كذا، والمبتاع: ما ابتاع إلا كذا، فتثبت دعواه، وتبطل دعوى خصمه بصيغة الحصر؛ لأن المتنازع فيه واحد فيكتفى بيمين واحدة كيمين الزوج فى اللعان ينفى عنه، ويثبت الحد على المرأة، وقاله الشافعية، وقالوا - أيضًا -: يمينين. يبدأ بالنفى ثم بالإثبات؛ لأن يمين الإثبات لا تكون إلا بعد النكول، ويبدأ - عندنا - بالنفى كما تقدم، وقاله معظم الشافعية، وقيل: بالإثبات؛ لأنه مقدم على النفى فى آية اللعان، فيقول فى الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

وجوابه: أن الأصل الأيمان[٣]: النفى فيقدم، وإن كان من الكاذبين؛ إثباتًا للصدق.

وفى الجواهر: هذا كالحالف باليمين على بطلان دعوى خصمه، وهل يقتصر على واحدة؛ لأن موضوع اليمين[٤] الدفع، أو يضم إلى ذلك تحقيق دعواه؛ لأن أحد الأصلين يتضمن الآخر؛ لأنه على تقدير نكول خصمه يحتاج إلى يمين أخرى، فله الجمع فى يمين واحدة، يخيره اللخمى فى ذلك.

فرع: قال: وظاهر الكتاب: عدم الفسخ بمجرد التحالف؛ لقوله: إلا أن يرضى المتباع قبل بت الحكم، وقاله (ش)، و (ح) ؛ لأن العقد وقع صحيحًا، فلا يفسخ إلا بحكم الحاكم.

وقال سحنون: ينفسخ بالتحالف؛ لأنه تحقق الجهالة فى الثمن، والصحة لا تثبت معها.

---

(١) فى ط: المانع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: أن أصل الإيمان.
(٤) فى أ: الثمن.

وجوابه: ما دفع الثمن[١] إلا صحيحًا، لكن خفى ذلك على الحاكم، وإنما يبطل العقد بالجهالة فى نفس العقد وفى نفس الأمر، وقيل: إن ترافعا للحاكم، تعين الحكم، وإلا كفى التحالف، فإن تراضيا على الفسخ من غير حكم به، فإنهما تقايلا، وكذلك إن تراضيا بقول أحدهما بعد التحالف، وكأنه بيع ثانٍ - على قول سحنون، فإن رضى أحدهما بعد التحالف بما قاله[٢] الآخر، ففى الكتاب: إلا أن يشاء المبتاع بقول البائع.

وقال ابن عبد الحكَم: للبائع إلزامها بما قال المشترى، وله الفسخ، فجعل الباجى هذا وغيره اختلافًا فى أيهما له الإمضاء بقول الآخر، وجعله اللخمى وغيره اتفاقًا؛ لأن البيع قائم بينهما، فمن شاء أمضاه قبل الفسخ، وقاله الشافعية، فإن يَمينَهما كالبيتين.

ولو أقاما بينتين: فلكليهما الإمضاء، ووجه ظاهر الكتاب: قوله - عليه السلام - فى الحديث، والخيار للمبتاع بعد قول البائع.

فرع:

قال سند: إذا فَسخَ الحاكم العقد بينهما، انفسخ الإعلان باطنًا كما لو تقايلا، وظاهرًا فقط فى حق المظلوم، وله إقامة البينة بعد ذلك؛ لأن الأصل صحة العقد، ولم يرض بانتهاكه.

وفى الجواهر: هل ينفذ الفسخ ظاهرًا أو باطنًا، أو ظاهرًا لا باطنًا؟ خلاف.

وفائدته: هل البيع والوطء على الأول دون الثانى؟ ولم يحك تفصيلًا بين الظالم والمظلوم. ثم قال: وليس له أخذها عوضًا مما له عليه من الثمن إذ لا بد من المنع [فى] ذلك[٣].

فرع: قال سند: إذا فسخ الحاكم، ثم اعترف أحدهما بصدق الآخر - ليس له مطالبته؛ لأنه طلب الفسخ ورضى به، وإذا لم يفترقا والبائع ظالم، حرم عليه التصرف فى المبيع، ويرده إلى المشترى[٤] بالثمن الحق، وإن كان المبتاع ظالمًا:

---

(١) فى ط: وقع الثمن.
(٢) فى ط: قال.
(٣) هذا الفرع كله سقط فى أ.
(٤) فى ط: المبتاع.

فإن[1] ظفر البائع بغيْر جنس حقه، فله بيعه واستيفاء حقه من الثمن، فإن نقص شيء، كان في ذمة المبتاع، أو زاد، رده.

وقال (ش): للبائع حبسه؛ لأن المبتاع رضى بتركه له بالثمن الذى عليه، وأما القضاء بنكول أحدهما فى اختلافهما فى كثرة الثمن؛ لأن من قضى له يقول: أخذت حقى، وإن كان اختلافهما فى المبيع، وقضى على البائع، حل له الثمن؛ لأن المبتاع بَذَلَهَ فيما أخذه برضاه، أو على المبتاع، حل له المبيع - عند أشهب - لأن البائع رضى بتركه له، وقيل: يبيعه ويشترى بثمنه ما ادّعاه؛ لأنه يعتقد أنه غير المبيع، فإن زاد عنه، وقفت الزيادة.

قال: وينبغى على هذا أن تعرض الزيادة على البائع.

قال التونسى: لو قال المبتاع: شعيرًا، وقال البائع: عَدَسًا، لم يجز له أن يأخذ[2] العَدَس؛ لأنه بيع للطعام قبل قبضه، لكن يباع فيشترى بثمنه شعيرًا، فإن فضل شيء، وقف، إن ادعاه البائع أخذه، وإلا تصدق به عمن هو له.

فرع: قال اللخمى: إذا حبس المبيع بالثمن، فعلى القول أن المصيبة من البائع، يشرع التحالف وإن تغير سوقه، فإن حدث عيب، رده من غير يمين، إلا أن يرضى المشترى بالعيب، فيقع التحالف كما تقدم، وعلى القول أن المصيبة من المشترى، يرد ما تقدم من الثمن على ما أقر به.

فرع: فى الكتاب: ورثة المتبايعين بعد موتهما مكانهما، إن ادعوا معرفة الثمن، فإن تجاهلوا الثمن وتصادقوا البيع، حلف ورثة المبتاع: لا يعلمون الثمن، ثم ورثة البائع: لا يعلمونه، وترد السلعة، فإن فاتت بحوالة سوق أو تغير بدن، لزمت ورثة المبتاع قيمتها فى ماله، وإن ادعى ورثة أحدهما علم الثمن، وجهله الآخرون: صدق المدعى فيما يشبه.

قال ابن يونس: جهل الثمن منهما كالفوت، وكذلك إذا جهل المتبايعان الثمن.

قاعدة: الحقوق قسمان:

---

(١) فى ط: فقد.

(٢) فى ط: له أخذ.

ما لا ينتقل بالموت: كالنكاح، والتمليك، والتخيير، والوكالة.

وما ينتقل: كالشفعة، والرد بالعيب، والرهن.

وضابط البابين: أن المنتقل: الأموال وحقوقها؛ [لأنهم يؤدون الأموال ويرثون ما يتبعها، والخاصة بيديه، وأرى أنه لا تنتقل][1]؛ لأنهم لا يرثون بدنه، ولا عقله.

فائدة: القاعدة: ورثوا الخالف فى البيع؛ لأنه من حقوق الأموال[2].

* * *

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: المال.

كتاب الصلح

وفى الصحاح: هو اسم لا مصدر، يذكّر ويؤنث. والمصدر: الصلاح، ضد الفساد، والمصالحة - أيضًا -، وقد اصطلحا وتصالحا واصّالحا - مشدّد الصاد - وصلح الشيء يصلُح صلُوحًا، مثل: دخَل يدْخل دُخولًا، وصلُح - أيضًا - بضم اللام، وصَلاح بمثل قطام: اسم مكة.

والصلاح والإصلاح: ضد الفساد والإفساد، وأصله فى الشرع: قوله - تعالى -: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩].

وفى البخارى: «أَنَّ كَعْبَ بْنَ مَالِكٍ كَانَ لَهُ عَلَى عَبْدِ الله بْنِ أَبِى حَدْرَد دَيْن فَلَزِمَه فِيهِ حَتَّى ارْتَفَعَتْ أصْواتُهُمَا، فَأَمَرَ النَّبِىُّ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنْ يَضَعَ الشَّطْرَ فَفَعَلَ»[(١)] «وَأَتَت امْرَأَةُ ثَابِتِ بْنِ شَمَّاسٍ النَّبِىَّ ﷺ: تَسْأَلُهُ فِى فِرَاقِ زَوْجِها عَلَى أَنْ تَرُدَّ مَا أَخَذَتْ فَأَصْلَحَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - بَيْنَهُمَا عَلَى ذَلِكَ، وَأَخَذَ الصَّدَاقَ، وَأَوْقَعَ الطَّلَاقَ»[(٢)].

فالآية والأحاديث تجوز الصلح فى الدماء، والفروج، والأموال.

ولأن أحد المتنازعيْن على منكر، وإزالة المنكر واجبة إجماعًا.

تمهيد: قال اللخمى: إن تعين الحق على أحدهما، كان الحكم عليه؛ لتعيّن الحق، وهو المقصود، وإن أشكل، حملهما على الصلح، إن قدر على ذلك، وإلا وعظهما، لقول عمر - رضى الله عنه - لأبى موسى الأشعرى: واجتهد فى الصلح ما لم يتبين لك وجه القضاء وهو ينقسم إلى: الصلح فى الدماء، والصلح فى الأموال، ونحوهما.

---

(١) أخرجه البخارى (١/ ٦٥٧) فى الصلاة: باب التقاضى والملازمة فى المسجد (٤٥٧)، وفى باب رفع الصوت فى المسجد (٤٧١) وفى كتاب الخصومات (٥/ ١٨٨) باب كلام الخصوم بعضهم مع بعض (٣٤١٨)، وفى باب الملازمة (٢٤٢٤)، وفى الصلح: باب هل يشير الإمام بالصلح (٢٧٠٦)، وباب الصلح بالدين والعين (٢٧١٠)، ومسلم (٣/ ١١٩٢) فى المساقاة: باب استحباب الوضع من الدين (٢٠/ ١٥٥٨).

(٢) أخرجه البخارى (٩/ ٣٠٦) كتاب الطلاق: باب الخلع (٥٢٧٣)، والنسائى (٦/ ١٦٩) كتاب الطلاق: باب ما جاء فى الخلع (٣٤٦٣).

القسم الأول: فى الصلح على الدماء

فرع: فى الكتاب: إذا ادعيت الصلح على دم عمد، أو جراح قصاص على ما قال، فأنكر الصلح، امتنع القصاص؛ لإقرارك، وصدق مع يمينه؛ لأن الأصل: عدم الصلح.

قال سحنون: ما أعرف اليمين فيه.

قال ابن يونس: لو ادَّعى القاتل أو الجارح على الولى العفو على مال أم لا، ألزمه ابن القاسم اليمين، ولم يلزمه أشهب، كدعوى المرأة الطلاق.

والفرق: أن المرأة لو مُكِّنت من ذلك لتكررت دعواها على زوجها فيتضرر، بخلاف الدم لا يتكرر.

فرع: فى الكتاب: إذا صالح قاتل الخطأ بمال منجم، فدفع نجمًا، ثم قال: ظننت أن الدية تلزمنى، فذلك له وتوضع، ويرد ما أخذ منه إن كان يجهل ذلك؛ لأن العاقلة هى الأصل فى حمل الدية.

قال ابن يونس: قال جماعة: عليه اليمين، وإن كان المدفوع قائمًا أخذه، وإن فات وهو الطالب للصلح، فلا شىء له، كمن عوض من صدقة، وقال: ظننت ذلك يلزمنى، وإن كان مطلوبًا بالصلح، رجع بالقيمة، أو المثل فى المثلى.

فرع: فى الكتاب: لو أقر بقتل الخطأ بلا بينة، فصالح على مال قبل لزوم الدية للعاقلة بالقسامة، وظن لزوم ذلك، جاز؛ لأن دفع مثل هذا ليس عوضًا للعقلاء، مع أن مالكًا اختلف قوله فى الإقرار بقتل الخطأ: هل الدية فى ماله أو على العاقلة بالقسامة؟ وهى رواية ابن القاسم، وأشهب.

قال صاحب التنبيهات: وهل له الرجوع؟

قال ابن محرز: يلزمه ما دفع دون ما لم يدفع.

والفرق بين المصالح على دم الخطأ بالبينة يرجع كما تقدم، وبين هذا: الاتفاق هناك على أن الدية على العاقلة، والخلاف ههنا كما فرق فى البيع والنكاح بين المتفق عليه والمختلف فيه، ولو كان عالمًا فى المسألتين، ففيهما يمضى الصلحان، قبل ذلك أم لا؛ لأنه قصد الحمل عن عاقلته، وينظر فيما دفع من ذلك إن كان لا[1] يجوز له بيع ما على العاقلة أم لا.

---

(١) فى أ: ما.

قال ابن يونس فى كتاب «الديات»: إذا أقرَّ بالقتل خطأ لمن يتهم فى إغناء ولده كالأخ والصديق، لم يصدق.

فرع: فى الكتاب: الصلح فى قتل العمد والجراحة مع المجروح أو أوليائه بعد موته - لازم، كان أكثر من الدية أو أقل؛ لأن دم العمد لا دية فيه.

وفى النوادر: قال ابن القاسم: إذا قتل رجل رجليْن عمدًا وثبت ذلك، فَصَالح أولياء أحدهما على الدية - فللآخرين القود، فإن استقاد وإلا رجع[1] المال إلى ورثته.

فرع: قال فى الكتاب: تجوز مصالحة المريض على جراحة العمد على أقل من الدية، وأرش الجراحة، ويلزم بعد موته؛ إذ للمقتول عمدًا العفو فى مرضه.

قال صاحب التنبيهات: عن ابن القاسم: لا يصالح على الجراح والموت إن كان، لكن يصالح بشىء معلوم لا يدفع، فإن عاش أخذه، وإلا فالقسامة والدية فى الخطأ، والقتل فى العمد؛ لأن المصالحة على الموت خطأ.

وعنه: يمتنع الصلح إلا بعد البرء؛ خشية السريان إلى النفس، والقولان فى الجراح.

وفى الكتاب: إذا صالح عن[2] دم عمد، أو جراح عمد يخاف منها الموت على مالٍ، وثبت الصلح، ثم أسقطه - امتنع إذا أحاط الديْن بماله، وإن لم يكن عليه دين، فمن ثلثه.

فرع: فى الكتاب: إذا صالح قاتل العمد أحد الوليين على عوضٍ أو عرض - فللآخر مشاركته؛ لاشتراكهما فى المصالح عليه.

وقال غيره: إن صالح من حصته على أكثر من الدية، أو على عوض قلّ أو كثر، وليس للآخر على القاتل إلا بحساب الدية، ولا يدخل [أحدهما][3] على الآخر؛ لأن دم العمد ليس بمال، بل كعبد باع أحدهما نصيبه بما شاء.

قال ابن يونس: الفرض ههنا العين، والفرق عند ابن القاسم بين العبد، وهذا:

---

(١) فى أ: فإن استفاد وارجع.
(٢) فى ط: من
(٣) سقط فى ط.

أن العبد لم تتعين فيه حصة الشريك، وههنا تعين سبب الانتقال من القتل إلى المال بالمصالحة.

فرع: فى الكتاب: إذا عفا أحد الابنين على الدية فالتزمها على جميع الدم ولهما أخت:

قال أشهب: لها خمس المأخوذ؛ لأنه حصتها فى الإرث، ولو صالح على حصته فقط، فللأخ الذى لم يصالح وللأخت على القاتل ثلاثة أخماس الدية، يضم إلى المصالح به، ويقسم الجميع - كما تقدم - إن كان صالح على حصته بخمسى الدية، وإلا فليس له غيره، ويختص الآخران بثلاثة أخماس الدية؛ لأنه التزم الخمس فيختص به، ولو صالح على الدم كله بأقل من الدية، فله الخمسان من ذلك، ويسقط ما بقى عن القاتل، وللآخرين ثلاثة أخماس الدية فى مال القاتل؛ لأن نجمه لا يصل إليهما، والمأخوذ فى صلح الدم العمد للزوجة، وجملة الورثة على فرائض الله - تعالى - ؛ لأنه مال من مال جهة مورثهم.

قال ابن يونس: وإذا قلنا برجوع الأخ والأخت على القاتل، فوجد عديمًا:

قيل: يشارك المصالح فى المأخوذ حتى يؤخذ من القاتل فيرد عليه، ويقضى دين الميت من ديته؛ لأنه بدل عن نفسه كماله، فإن كان دَيْنُه مائة ولم يترك مالًا، وترك آخرون فعفا أحدهما بغير شيء، جاز من نصيبه، ويرجع الآخر على القاتل بأربعمائة، والقاتل بمائة؛ لأن المعفو عنه سقط، فلو ترك مائة، أخذ الديْن منها ومن الخمسمائة بالحصص عدلًا بين صاحب الديْن وبين الورثة.

وكذلك لو ترك مدبرًا قيمته مائة، عتق من جملة الستمائة بالحصص، وورثا بقية المال، وأخذ الذى لم يعف بقية الخمسمائة[1].

هذا على مذهب عبد الملك الذى يرى بدخوله فيما علم، وما لم يعلم، فإن عجز عن ذلك، تم من ماله ما لم يعلم به، فيعتق ثلث المدبر فى المائة المعلومة، وتورث البقية، ويعتق ثلثاه فى الخمسمائة، ويأخذ غير العافى بقيتها.

قال: وفيه نظر، بل ينبغى أن يعتق بالمائة المعلومة ثلثاه؛ لأنه كأنه ترك المدبر قيمته مائة ومائة فيعتق ثلثا المدبر، وهو ما يحمله الثلث، ويعتق الباقى من

---

(١) فى ط: الحصص مائة.

الخمسمائة، ويورث ثلث المائة المتروكة عينًا.

قاعدة: هذه الفروع يحتاج فيها إلى قاعدة التقدير، وهو إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود.

فمن الأول: النجاسات المستثنيات، والغرر، والجهالات المغتفرات فى البياعات يقدر وجودها كعدمها.

ومن الثانى: إذا أعتق عبده عن الغير فى كفارته، فإن التكفير والولاء يحصلان للمعتق عنه، وذلك فرع ملكه للعبد، يقدر ملكه للعبد قبل العتق بالزمَن الفرد، وكذلك الديات، وأموال الدماء فى المصالحات، يقدر غرمها قبل زهوق الروح، تثبت على ملكه حتى تورث عنه، وإلا فما لا يملكه المورث كيف يورث عنه؟

فرع: فى الكتاب: إذا قطع جماعة يد رجل عمدًا، أو جرحوه عمدًا - فله صلح أحدهم، وكذلك الأولياء فى النفس؛ لأن كل واحد يجب عليه قصاص يخصه.

فرع: فى الكتاب: إذا صالح على قطع يده عمدًا، ثم نزى[1] ومات، فلأوليائه القَسامة والقتل ورد المصالَح به.

وكذلك لو كانت موضحة خطأ، فلهم القسامة والدية من العاقلة، ويرجع الجانى فى ماله، ولو نكل الأولياء فى الأولى، فقال الجانى: قد عادت الجناية نفسًا فاقتلونى وردوا المال - امتنع؛ لأن النفوس لا تُباح إلا بسبب شرعى، ولا يكفى فيها رضاه، ولو لم يكن صالح فقال لهم ذلك، وأراد الأولياء قطع اليد، ولا يقسمون، فذلك لهم؛ لثبوتها بغير قسامة، ولهم القسامة والقتل.

قاعدة:

الحقوق ثلاثة أقسام: حق لله فقط: وهو ما لا يتمكن العبد من إسقاطه.

وحق للعبد: وهو ما يتمكن من إسقاطه.

وحق مختلف فيه: هل هو حق لله أو للعبد؟ كحد القذف. وعليه ينبنى قبول العفو فيه.

وحقوق الله - تعالى -: أوامره ونواهيه، وحقوق العبد: مصالحه، وما من حق

---

(١) فى ط: برئ.

للعبد إلا وفيه حق لله - تعالى -، وهو أمر الله - تعالى - بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه، ثم حقوق العبد قد يحجر الله - تعالى - على العبد فيها لنفاستها فتصير حقًا لله؛ كبيع الربا، فإن الزيادة من مال المُرابى وهو محجور عليه فيها، وكذلك السرف، وإفساد النفوس، والأعضاء من هذا القبيل.

فرع: فى الكتاب: يمتنع الصلح فى جناية العمد على ثمرة لم يبدُ صلاحُها؛ لأنه غرر، فلا يُجعل عوضًا للدّماء مع شَرَفها، فإن وقع، ارتفعَ القصاص، وقضى بالدية كالنكاح إذا فات بالبناء، يقضى بصداق المثل.

وقال غيره: يمضى إذا وقع؛ لقوة شبهه بالخلع؛ لأن كليهما فداء وتخليص من الضرر.

فرع: [فى الكتاب][1]: تجوز المصالحة على دم العبد، والخلع على عبيد[2]، فإن وجد عيبًا يرد به فى البيع، رده، ورجع بقيمة العبد؛ إذ ليس للدماء والأبضاع قيمة يرجع بها.

فرع: فى الكتاب: لغرماء جانى العمد[3] رد مصالحته إذا أحاط الدين بماله، لاستحقاقهم إياه بالدين.

سؤال: ضرورات الجسد مقدمة على الغرماء فى القوت والكسوة، وههنا قدمت الغرماء على بقاء الجَسَد.

جوابه: أنه ههنا ظالم بالجناية فلا يضر الغرماء بظلمه، وثَم معذور، فقدم البدن على مال الغير؛ كالضرر بالمجاعة.

فرع: فى الكتاب: تمتنع المصالحة على أرطال لحم من شاة حية لأنها مجهولة قبل السلخ.

قال أشهب: أكرهه، فإن جسها[4] وعرفها وشرع فى الذبح، جاز.

فرع: فى الكتاب: تجوز المصالحة بشقص دار على موضحتين عمدًا وخطأً، وفيه الشفعة بدية الخطأ وبنصف قيمة الشقص؛ لأن العمد لا مالية فيه.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: عبد.

(٣) فى ط: العبد.

(٤) فى ط: حبسها.

وقال المخزومى: إن كانت دية الخطأ - وهى خمسون دينارًا - ثلث مجموع الخمسين، وقيمة الشقص فليشفع بالخمسين وبثلث قيمة الشقص، وهكذا الجواب فيما قل من الأجزاء.

قال صاحب التنبيهات: قيل فى تأويل ابن القاسم فى قسمة الشقص عليهما: إن نصف الشقص للخطأ، ونصفه للعمد، كيف كان الجرح أو الجناية، اتفقا أو اختلفا، وقاله ابن عبد الحكم.

وقيل: بل يعتبر المجروحون، وإنما يكون نصفين إذا استويا كالموضحتين، أو قطع يدين، ويقسم فى اليد والنفس - مثلًا - على قدر دياتهما، وعليه أكثر القرويين.

قال عبد الحق: قيل على قول ابن القاسم فى موضحتى العمد والخطأ: لا تكون موضحة العمد نصف الشقص، بل يأخذ بخمسين، وبثلثى قيمة الشقص.

وقيل: إن المجهول كله يجعل له نصف الشقص، كان موضحة عمدًا أو أكثر.

قال ابن يونس: عن ابن نافع: يأخذ بقيمة الشقص إلا أن يكون أقل من خمسين دية الخطأ فلا ينقص؛ لأنها محققة للمشترى، فإن كانت قيمته أزيد، فالزائد للعمد المجهول.

ومستند المخزومى: أن الصلح لو وقع على موضحة العمد فقط كان الأخذ بقيمة الشقص، فصارت قيمة الشقص كأنها دية موضحة عمد، ولو دفعه فى موضحة خطأ، كانت الشفعة بخمسين، فلما دفعه عنهما اعتبر المجموع، كمن أوصى بمعلوم ومجهول، يتحاصان فى الثلث للمعلوم بقدره، وللمجهول بالثلث.

قال يحيى بن عمر: على أصل ابن القاسم: لو صالحه بعشرة دنانير والشقص عنها بالعشرة من الخطأ يبقى منها أربعون، فيأخذه بأربعين وبخمسة أرباع قيمة الشقص، وإن صالح منها على شقص وعوض، قسمت [قيمته][1] عليهما.

قال أبو محمد: لو قيل: يجرى قول ابن القاسم أن يقسم الجميع عليهما، فيكون لكل موضحة نصف الشقص وخمسة دنانير، فيأخذ نصفه بخمسة وأربعين بقيمة دية الخطأ، ونصف الآخر بنصف قيمة الشقص عن العمد؛ لأنه أخذ من العمد خمسة

---

(١) سقط فى ط.

ونصف الشقص، وقيمته مجهولة، فيأخذ هذا النصف الآخر بنصف قيمة الشقص - كان صوابًا.

وعلى قول يحيى: لو دفع مع الشقص خمسين كان قد استوفى موضحة الخطأ، وتعين الشقص للعمد، فيأخذه بقيمته، أو أكثر من خمسين، أخذه بقيمته أيضًا؛ لأن الزائد للعمد، فإن صالح عليهما بشقص وعبد قيمتهما سواء، فالعبد موزع عليهما[(١)] بنصف دية الخطأ وبنصف قيمة الشقص وفى الربع يأخذ ثلاثة أرباع دية الخطأ، وبنصف قيمة الشقص؛ لأنه دفع الشقص على ثلاثة أرباع دية الخطأ، وثلاثة أرباع دية العمد.

ولو كان المجروح دافع العبد وهما خطأ، أخذ الشقص بديتهما وقيمة العبد، أو عمدًا، اجتهد فى ذلك، فإن كان العبد ثلث ذلك، أخذ بقيمة العبد، وثلثى قيمة الشقص، وعلى هذا إن كان أقل أو أكثر.

وعلى قول المخزومى: تحمل قيمة العبد على قيمة الشقص، فإن كانت قيمة العبد من الجميع الثلث، أخذ بقيمة العبد، وبثلثى قيمة الشقص، ثم يعمل على هذا.

وعلى قول ابن نافع: يأخذ بقيمة الشقص ما لم تنقص عن قيمة العبد.

وإن كانت إحداهما عمدًا والأخرى خطأ:

فعلى قول المخزومى: حمل[(٢)] دية الخطأ وقيمة الشقص، ويعمل على ما تقدم، وعلى قول ابن نافع: يأخذ بقيمة الشقص ما لم ينقص عن خمسين - دية الخطأ - وعن قيمة العمد. [ولو أخذ فى موضحة عمد عشرة دنانير وشقصًا، أخذ بقيمته ما بلغت؛ لعدم قيمة العمد][(٣)].

القسم الثانى: الصلح على الأموال ونحوها

تمهيد: الصلح فيها دائر بين خمسة أمور:

البيع: إن كانت المعاوضة فيه عن أعيان، والصرف: إن كان أحد النقدين عن الآخر، والإجارة: إن كانت عن منافع، ودفع الخصومة: إن لم يتعين شىء من

(١) فى ط: عليها.
(٢) فى ط: عمل.
(٣) سقط فى ط.

ذلك، والإحسان: وهو ما يعطيه المصالح من غير الجانى.

فمتى تعين أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروطه؛ لقوله - عليه السلام -: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالًا»(١).

فرع: فى الكتاب: تجوز المصالحة على عدم رد العبد القائم المعيب، ورد بعض الثمن؛ لأن العبد يبقى بباقيه، ويجوز تأخير بقية الثمن بغير شرط، وإلا امتنع؛ لأنه بيع وسلف، فإن صالحك على دفع دراهم إلى أجل، والثمن دنانير، امتنع؛ لأنه عبد نقدًا، ودراهم مؤجلة بدنانير معجلة، فهو صرف مستأخر، ويجوز على دراهم نقدًا إن كانت أقل من صرف دينار؛ لأنه صرف وبيع يجوز فى مثل هذا فقط، وجوزه أشهب فى أكثر، فإن فات العبد، جاز بالنقدين والعروض نقدًا بعد معرفتكما بقيمة العيب؛ لتقرر البيع فى الهالك، وعلى دنانير مؤجلة مثل حصة العيب من الثمن، أو أقل، وإلا امتنع؛ لأنه تأخير بزيادة، وعلى دراهم أو عرض مؤجلة، والثمن دنانير، يمتنع؛ لأنه فسخ حصة العيب فى ذلك.

قال صاحب التنبيهات: وعن مالك: الجواز بالعروض والنقد، وإن جهلا قيمة العيب؛ لأن المصالحة على المجهول جائزة، ويجوز - إذا علما - بدنانير من غير سكة الثمن؛ لأنه مبادلة.

وتجويز أشهب فى أكثر من صرف دينار، هو على تجويزه الصرف والبيع، وهذا الصلح لدفع الخصومة، لا معاوضة محققة.

وقيل: هذا الخلاف ما لم يقل: رددت، وإلا امتنع - على قولهما - لتحقق المعاوضة قال صاحب النكت: تجويزه - فى أول المسألة - الصلح على رد البعض، محمول على أن المردود من سكة الثمن، وإلا امتنع؛ لأنه عرض وذهب بذهب.

---

(١) أخرجه الترمذى (٣/ ٦٣٤ - ٦٣٥) فى الأحكام (١٣٥٢) وقال حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) فى الأحكام باب الصلح (٢٣٥٣)، وفى الباب عن أبى هريرة رضى الله عنه أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٤) فى الأقضية باب فى الصلح (٣٥٩٤)، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٦٦) وابن حبان أورده الهيثمى ص (٢٩١) فى القضاء: باب فى الصلح (١١٩٩)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٩) فى البيوع: باب المسلمون على شروطهم. والطبرانى فى الكبير (١٧/ ٢٢)، وابن الجارود فى المنتقى (٦٣٨)، والدارقطنى فى السنن (٣/ ٢٧)، والبيهقى (٦/ ٦٣، ٦٥).

قال: وينبغى إذا منعنا التأجيل بشرط، فأسقط الأقل قبل افتراقهما - جاز، ويمتنع بعد هذا الافتراق؛ لأن المؤجل كسلف غيب عليه، والسلف إذا غيب لم يفد إسقاطه؛ لأن الربا قد تم.

قال ابن يونس: ويجوز على العرض نقدًا، نقدت الدنانير أم لا، وإلى أجل، وإن لم ينقده. ولا يؤخره إلا مثل ما يؤخر ثمن السلم، وإن نقدت الدنانير، امتنع؛ لأن وجود العيب يوجب الرد، ويصير الثمن دينًا، فهو دين بدين.

قال أصبغ: إن لم يقبض الثمن حتى فات العيب[١]، جاز إسقاط أى شىء اتفقا عليه من الثمن، علم العيب أم لا.

قال: والصواب: المنع، إذا جهلت القيمة؛ لأنه بيع فيه غرر، فإن علمت، جاز؛ لأن الأقل مسامحة. والأكثر منه والمساوى حق، ويجوز دفع دراهم على أن يرد له الدنانير بعد معرفة قيمة العيب[٢]، قلت الدراهم أو كثرت؛ لأنه صرف ما فى الذمة، وإن جهلت القيمة، امتنع للغرر.

قال اللخمى: إذا هلكت وجهلت قيمة العيب، جاز على ما يرى أنه أقل بكثير، أو أكثر بكثير، للخروج عن حيز المكايسة.

وعلى غير السكة يمتنع؛ لذريعة الفساد، إلا أن يكون أقل أو أدنى سكة أو أجود مثل الوزن إذا كثر، بخلاف الأدنى سكة والأكثر وزنًا، أو أجود أو أدنى وزنًا؛ لظهور سبب المكايسة.

وعلى دنانير، والثمن دنانير قبل معرفة العيب واستواء السكة والوزن، أو المؤخر أدنى سكة أو وزنًا؛ لأنه معروف بتأخير الأدنى أو أجود، امتنع، استوى الوزن أم لا؛ لأن التأخير للجودة.

فرع: قال ابن يونس: يمتنع فى الصلح ما يمتنع فى البيع، كمصالحة منكر المال على سكنى أو خدمة؛ لأنه فسخ دين فى دين، أو قمح من شعير مؤجل؛ لأنه نساء فى الطعام، فإن فات، فالقيمة أو المثل؛ كالبيع، وينفذ[٣] إن وقع بالمكروه، ولو أدرك بحدثانه، قاله مطرف.

---

(١) فى أ: العبد.
(٢) فى ط: البيع.
(٣) فى أ: وينقد.

قال عبد الملك: يفسخ بالحدثان، وينفذ مع الطول. ونفذ أصبغ الحرام، ولو بالحدثان؛ لأنه كالهبة، وكذلك لو صالح[١] بشقص لا شفعة فيه كالهبة، وهذا فى ظاهر الحكم، وبينه وبين الله - تعالى - يحرم ما يحرم فى البيع.

وقال غير أصبغ: فى الشقص الشفعة.

فرع: قال صحاب التنبيهات: الصلح معاوضة على دعوى، ويجوز على الإقرار والإنكار والسكوت.

وقيل: يمتنع فى الإنكار.

فأما الإقرار وحده أو الإقرار والإنكار، كمن اعترف ببعض الحق، فكالبيع[٢] فى جميع أحواله، وأما الإنكار المحض، فأصل مالك: اعتبار ثلاثة أشياء:

ما يجوز على دعوى المدعى، ومع إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم فيما اصطلحا.

وأصل ابن القاسم: اعتبار الصلح فى حق كل واحد منهما على انفراده، ولا عبرة بما يوجبه الحكم.

والسكوت كالإقرار عندهما، فإن توقع الفساد فى حق أحدهما كمن يدعى عشرة دراهم فينكره، فيصالحه بمائة إلى أجل، ففى حق الطالب يمتنع. والمطلوب يقول: افتديت بالمائة من اليمين، فيفسخه مالك وأصحابه؛ لتضمنه الفساد من حيث الجملة، ويمضيه أصبغ؛ لأن الحرام فى العقود لابد من الشركة فيه.

فرع: فى الكتاب: طوق ذهب بألف درهم محمدية نقدًا، يصالح[٣] على عيبه بدنانير نقدًا، أو مائة درهم محمدية من سكة الثمن نقدًا، يجوز، كأن البيع وقع بما دون المدفوع، ويمتنع إلى أجل؛ لأنه بيع وسلف من المشترى للبائع، ويمتنع على يزيدية، أو تبر وفضة؛ لأنه بيع ذهب وفضة بفضة.

قال صاحب التنبيهات: عارض بعضهم الطوق بمسألة الخلخالين فى كتاب «الصرف»؛ لاشتراطه - هناك - حضور الخلخالين، ولم يشترط ذلك فى الطوق.

وفرق: بأن الدنانير لا تتعين، فكأنه باعه منه بما يترتب له فى ذمته حين عقد

---

(١) فى ط: صاغ.
(٢) فى ط: وكالبيع.
(٣) فى أ: يصطلح.

الصرف من دينار سالم، والطوق [معين.

وقيل: الخلخالان فى ضمان غير مشتريهما لمستحقهما، فإجازة البيع بغير][(١)] الحضور صرف مستأخر، كصرف المودوع من المودع، والطوق فى ضمان مشتريه، فتقدير صرفهما - الآن - كصرف المغصوب أو الدين.

قال ابن يونس: جوز أشهب المصالحة على غير سكة الثمن؛ لأن المقصود منع الرد بالعيب، لا أصل العقد.

وقال سحنون: هى مسألة سوء [و][(٢)] لا يجوز الصلح فيها بشىء كدينار صرفه فوجده معيبًا، فإما يرضاه أو يرده؛ لأن الطوق عين مستجدة كالدينار.

فرع: فى الكتاب: التركة دنانير ودراهم حاضرة وعروض حاضرة وغائبة، فصالح أحد الورثة الآخر على دراهم من التركة، جاز إن كانت قدر إرثهما من الدراهم أو أقل، وإلا امتنع؛ لأنه بيع عروض حاضرة وغائبة، ودنانير بدراهم نقدًا، فإن صالح على دنانير ودراهم من غير التركة، امتنع، قلت أم كثرت؛ لأنه صرف وبيع، أو على عروض من غير التركة نقدًا، جاز بعد معرفتهما بتفاصيل التركة؛ لأنه بيع، فإن كانت التركة كلها حاضرة دراهم ودنانير و عروض ليس فيها دين ولا غائب - جاز على دنانير من التركة إذا كانت الدراهم قليلة لا يلاحظ فيها الصرف فيجتمع الصرف والبيع، وإن ترك دراهم وعروضًا، جاز على دنانير من ماله إن كانت الدراهم أقل من صرف دينار، وليس فى التركة دين التركة؛ لأنه ذهب وسلعة بذهب، ومتى كان فيها دين من أحد النقدين، امتنع بأحدهما من غير التركة نقدًا؛ لأنه نسيئة فى أحدهما، وإن كان الدين حيوانًا أو عروضًا من بيع أو قرض، أو طعام من قرض لا من سلم، جاز من ذلك على أحد النقدين يعجلها من عنده إذا كان الغرماء حضورًا مقرين، ووصف ذلك كله.

وإن ترك دنانير حاضرة وعروضًا ودينًا من أحد النقدين، أو طعامًا من سلم، جاز على دنانير من التركة نقدًا، إن كان قدر ميراث الأخذ من الدنانير فأقل، وإلا امتنع؛ لأنه أخذ غير ما استحق، والأكثر يدخله البيع والصرف، ويمتنع من غير التركة مطلقًا؛ لأنه صرف وبيع.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

قال صاحب التنبيهات: قوله: «إذا كانت دنانير ودراهم وعروضًا بغير دين، جاز على دنانير من الميراث إذا كانت الدراهم قليلة»، معناه: أن الذهب المأخوذ أكثر من ميراث الأخذ [من الذهب][1] نحو كون الذهب ثمانين، فصالح الولد الزوجة على عشرين، فههنا يشترط قلة الدراهم، فلو أعطى عشرة، لم يبال، قلت الدراهم أم لا؛ كان فى التركة دين أم لا؛ لأنها أخذت ما تستحقه من الذهب، ووهبت غيره، وسواء كانت العشرون جملة ذهب التركة أم لا. هذا تأويل ابن أبى زيد وغيره.

وفى كتاب محمد: إنما ذلك إذا لم يبق فى التركة سوى الذى صولحت عليه.

قال ابن يونس: إذا صالحها بعرض لابد أن يكون مخالفًا لعرض الدين.

وأجاز أشهب بدنانير قدر حصتها من عين التركة؛ لأنه يأخذ عوضها من التركة، وهو ضعيف؛ لأنه فسخ دين للنصيب من الدراهم والدنانير والعروض بدنانير.

قال محمد: لو ترك دراهم وعروضًا، جاز على دنانير من غير التركة، إن كانت حصة الآخذ من الدراهم أقل من صرف دينار، إن لم يكن فى التركة دين.

قال اللخمى: يجوز على عروض والتركة دراهم وعروض، إذا لم يكن شىء غائبًا؛ لأنه بيع لحصة الآخذ بالعرض[2]، وكذلك قريب الغيبة، حيث يجوز النقد فى الغائب، وإن كان بعيد الغيبة، وقدم ما ينوب الحاضر خاصة، ووقف حصة الغائب، جاز، فإن كان الغائب أقل الصفقة:

قيل: يجوز ويقبض جميع العروض، وإن هلك الغائب، قبض ما ينوبه من العرض.

وقيل: يمتنع؛ لأن الغائب يضمن بالقيمة، فإن كان الغائب جل الصفقة، امتنع نقد العرض، وما ينوب الحاضر منه؛ لأن الشركة عيب، واستحقاق الجل عيب، فإن ترك ديونًا حالة أو مؤجلة فصولح بغيرها بمثل ما ينوب الأخذ من الديون سلفًا، على أنهم إن لم يأخذوا من الغرماء شيئًا رجعوا على الآخذ، جاز، وإن كان ليحيلهم على الغرماء، امتنع على قول ابن القاسم فى الحوالة: إنها بيع.

وأجازه أشهب، وجعل الحوالة معروفًا.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: بالقرض.

فرع: فى الكتاب: تمتنع مصالحة الشريك شريكه بدنانير على دنانير، ودراهم وفلوس وعروض بينهما؛ لأنه صرف ما فى الذمة وبيع.

قال صاحب التنبيهات: قيل: معناه: أن الدراهم أكثر من صرف الدنانير، ولو كانت أقل، جاز.

قال محمد: ليس فيها دنانير سوى ذلك، وتأولها أبو محمد على أنه أخذ من الدنانير أكثر من حظه، وفيها من الدراهم أكثر من صرف دينار كمسألة الورثة.

وقيل: معناه[(١)]: أن الدنانير من مال المعطى دون التركة[(٢)] سواء حينئذ كانت الدراهم قليلة أو كثيرة.

فرع: قال ابن يونس: إذا صالح أحد الورثة ثم قدم وارث آخر - فالصلح ماض، ويأخذ حقه منهم أجمع، فإن كان السدس أخذ سدس ما بيد كل واحد. قاله ابن القاسم.

قال اللخمى: يريد ابن القاسم: يمضى الصلح إذا أجازه القادم، وإلا نقض، وأخذت الزوجة ثمنها إن كانت المصالحة، وأخذ القادم ربع الباقى.

وعلى قول أشهب: يأخذ القادم ربع ما بيد الزوجة إلا ثمن ربع، وهو ما ينوبها مما[(٣)] يأخذه منها، ويأخذ من إخوته ربع ما فى أيديهم بعد ثمن الزوجة منه، وترجع على الذين صالحوها بتمام ثمنها إن كانوا معترفين بأنها زوجة، إلا إن أجاز القادم الصلح رجع على إخوته بربع جميع ما فى أيديهم إن كان رابعًا، ولا شىء عليها، فإن أنكر مثلهم:

فإن ثبت عدم زوجيتها، أخذ ربعًا كاملًا من يدها [وأيديهم، وهذا إذا قالوا: طلقك، أو نكاحك فاسد، فإن قال: لم تكونى امرأته، انتزع ما فى يدها][(٤)] من نصيبه إلا أن تثبت الزوجية، أو يكون سماعًا فاشيًا.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من ترك جارية حاملًا أو امرأة - يمتنع مصالحة المرأة؛ لأنها لا تدرى: ألها الربع أو الثمن إذا وضعت الجارية؟

---

(١) فى أ: معناها.
(٢) فى ط: الشركة.
(٣) فى أ: فما.
(٤) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: يجوز الصلح على الإنكار، وقاله (ح)، ومنعه (ش) ؛ لأنه أكل المال بالباطل؛ لأنه ليس عن مال لعدم ثبوته، ولا عن اليمين، وإلا لجازت إقامة البينة بعد، ولجاز أخذ العقار بالشفعة؛ لأنه انتقل بغير مال، ولا عن الخصومة وإلا جاز فى النكاح والقذف؛ لأنه عاوض عن ملكه، فيمتنع كشراء ماله من وكيله، ولأنها معاوضة، فلا تصح مع الجهل كالبيع.

والجواب عن الأول: أنه أخذ المال بحق ولا يلزم من عدم ثبوته عدمه.

نعم، من علم أنه على باطل حرم عليه، وأما إقامة البينة بعده.

قال أبو الوليد: يتخرج على الخلاف فيمن حلف خصمه وله بينة، فله إقامتها - عند ابن القاسم - مع العذر، وعند أشهب مطلقًا.

وأما القذف: فلا مدخل للمال فيه، ولا يجوز فيه الصلح مع الإقرار، فكذلك الإنكار، ويلتزم الجواز فى النكاح. نقله أبو الوليد عن أصحابنا إذا أنكرت المرأة الزوجية؛ لأن من الناس من يوجب عليها اليمين، فتفتدى يمينها وتلتزم الشفعة.

وعن الثانى: أن الفرق بأنه مع وكيله متمكن من ماله بخلاف صورة النزاع، يقع الصلح؛ لدرء مفسدة الخصومة.

وعن الثالث: أن الضرورة تدعو للجهل ههنا.

قال أبو الوليد: لو ادعى عليه [ميراث][1] من جهة موروث [صح][2] الصلح فيه مع الجهل.

والعجب أن (ش) - رضى الله عنه - وافقنا أن للمدعى أن [يدخل][3] دار المدعى عليه بالليل ويأخذ قدر حقه، فكيف يمنع مع الموافقة من الخصم على الأخذ.

ثم يتأكد قولنا بقوله - تعالى -: ﴿وَأَصْلِحُواْ ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١] وغيره من الكتاب والسنة؛ لأننا أجمعنا على بذل المال بغير حق فى فداء الأسارى، والمخالعة، والظلمة، والمحاربين، والشعراء، فكذلك ههنا لدرء الخصومة.

ولأنه قاطع للمطالبة، فيكون مع الإنكار كالإبراء، أو يجوز مع عدم المال من

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

الجهتين؛ كالصلح على دم العمد.

أو لأنه تصح هبته مع الإنكار، فيصح الصلح عليه؛ قياسًا عليها.

فرع: فى الكتاب: تجوز المصالحة على مائة درهم حالة على خمسين إلى أجل؛ لأنك حططته وأخرته(١)، وعلى ذهب وعرض فى الحال وإن كان مقرًا.

قال ابن القاسم: وكذلك إذا كان منكرًا.

قال صاحب التنبيهات: اشترط مالك: الإقرار حتى يتعين المعروف بالتأخير؛ إذ مع الإنكار يكون التأخير سلفًا؛ لئلا يحلف المنكر، فيذهب الحق وترد اليمين عليه.

وابن القاسم ينظر إلى كل واحد منهما، ولا يلتفت إلى ما يوجبه الحكم، فالمنكر يقول: افتديت من اليمين، والطالب يقول: أخذت بعض حقى.

وقال عبد الملك: يفسخ بالقرب، فمالك يراعى الشروط الثلاثة المتقدمة، وابن القاسم لا يعتبر إلا اثنين، ويلغى ما يوجبه الحكم.

قال ابن يونس: وعن ابن القاسم: لو قال: أخرنى سنة وأقر لك، يمتنع؛ لأنه سلف للنفع.

وقيل: إن وقع بطل التأخير وثبت الحق.

وقيل: يسقط التأخير والحق، وترجع الخصومة؛ لأنه لم يقر، بل وعد بالإقرار.

وعن مالك: إذا أقام شاهدًا فقال: أسقط عنى اليمين وأؤخرك سنة، يمتنع؛ لأنه سلف للنفع.

قال اللخمى: قال ابن القاسم: إذا صالحه على ثوب بشرط أن يصبغه، أو عبد فيكون الخيار فيه(٢) ثلاثة أيام - يمتنع؛ لأنه كفسخ دين فى دين.

وقيل: يجوز.

فرع: فى الكتاب: إذا صالح على الإنكار، ثم أقر أو وجد بينة: إن كان عالمًا ببينته، لا قيام له بها، وكذلك إن كانت غائبة فخاف فوتها، أو عدم الغريم؛ لأنه أسقط حقه منها.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا أقر بعد الصلح، خير الطالب فى التمسك

---

(١) فى ط: وأخذته.

(٢) فى ط: فى.

بالصلح أو رده، وأخذ المقر به.

قال: وهذا تفسير لقول ابن القاسم.

وعن ابن القاسم: إذا كانت بينته بعيدة الغيبة، وأشهد أنه إنما يصالح نقدًا، ويمتنع التأخير لما تقدم ويدخله فى العرض الدين بالدين، فإن زاد البائع عرضًا أو عبدًا نقدًا ولم يفت العبد، جاز؛ لأنهما فى نفقة واستغنى فزاده، وتمتنع زيادة البائع دراهم نقدًا لأنه سلف منه، أو دنانير امتنع لأنه عبد وذهب بفضة إلى أجل، وكذلك كان المبيع بدنانير مؤجلة ثم يزيده دراهم نقدًا فإن العبد بعتق أو تدبيرًا أو موت والثمن دراهم، امتنع زيادة البائع دراهم نقدًا لأنها سلف يرده المبتاع[1] عند الأجل، بل يضع عنه حصة العيب.

قال صاحب التنبيهات: قوله: دنانير ودراهم مشكل لوقوع الدنانير على الكثير، فهو صرف وبيع إن كان رأس المال ذهبًا فذهب وعبد بذهب فقيل: مغنى ذلك إن كان البيع بذهب يكون الصلح بذهب على أن يسقط عنه من الذهب ذلك ويقتاصه، وإن كان دراهم فتكون أقل من صرف دينار.

وقيل: بل الكلام على التفصيل: إن كان ذهبًا فيرد ذهبًا، أو دراهم فدراهم، ويحتمل إن أراد بذكر الدنانير الذهب من غير كثرة؛ فإن كان فى المسألة المردود ذهبًا أقل من دينار، جاز، وإن كان رأس المال فضة فإن رد الدراهم، فعلى المقاصة، وإن كانت كثيرة، وإن كان رأس المال ذهبًا فإن رد ذهبًا فعلى المقاصة، وإن رد دراهم فعلى [. .][2] أنا دون صرف نصف دينار.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: إذا فات العبد لا أدرى معنى قوله: تمتنع زيادة البائع دراهم نقدًا لأنها سلف للمبتاع؛ لأن العبد فات فلا يمنع السلف إلا أن يعطيه دراهم أقل من حصة العيب [. .][3] البائع فى دفع قليل كثير.

وقال ابن القاسم: إنما يمنع هذا لأنه دفع بها خصومة العيب فهو سلف لمنفعة.

وعلى هذا التعليل: تمنع وإن كان أقل من حصة العيب، وهو أحسن مما تقدم لأبى محمد. لذلك فله القيام.

(١) فى ط: المتاع.
(٢) بياض فى ط.
(٣) بياض فى ط.

قال: وينبغى ألا يختلف إذا أعلن بالإشهاد؛ كما لو قال للحاكم: لى بينة بعيدة الغيبة فأحلفه لى، فإذا قدمت قمت بها، فإنه يحلفه له، ويقوم بالبينة، وأما إن لم يشهد على الغريم، بل أشهد سرًّا أنه إنما يصالحه لذلك، أو صالح عالمًا بالبينة، فالخلاف فيهما، أو كان يقر سرًّا ويجحده فى العلانية، فصالحه على تأخير سنة، وأشهد أنه إنما يصالحه لغيبة بينته، فإذا قدمت قام بها ففى قيامه بها قولان. ولم يختلف فيمن صالح على الإنكار، ثم إن أقر أن صكه ضاع، ثم وجده - أن له القيام فيهما؛ لأن وجود الصك كوجود بينة لم يعلم بها.

ولو قال الغريم: حقك حق فات بالصك، وخذ حقك، فقال: ضاع صكى وأنا أصالحك فيفعل، لا قيام له بالصك، بخلاف الأول؛ لدخوله على إسقاط موجب الصك، ولو أشهد إنما صالحه على إنكاره، وهو على حقه، لم ينفعه ذلك، وتمتنع الشهادة على شرط يخالف الصلح.

ولو قال: أخرنى سنة وأقر لك، فأشهد سرّا إنما أؤخره؛ لأنه جحدنى، وإن وجدت بينة قمت بها - فذلك له؛ لأنه ألجأه لذلك.

وعن مالك: إذا صالحه على خمسة دراهم كل شهر على أنه إن ادعى عليه بدفع شىء فأنكره، فلا يمضى عليه، سقط الشرط، وعليه اليمين.

قال ابن يونس: وينبغى أن يبطل التأخير؛ لأنه إنما أخره لإسقاط اليمين.

وعن ابن القاسم: إذا اصطلحا على اليمين وطرح البينات، أو على أن الناكل يغرم بلا رد يمين، أو بعد ردها، ذلك لازم.

قال: وهو أحسن من الأول، والمؤمنون عند شروطهم.

فرع: فى الكتاب: إذا صالح أحد الولدين غريم الأب على حصته - فأخوه شركيه، وكذلك الشركاء فى كل ما بينهم من حق بكتاب أم لا، من بيع بعين، أو شىء غير الطعام والإدام[1]؛ لأن القسمة بيع، وبيع الطعام قبل قبضه ممنوع، وكل ما قبض أحدهم كان الآخر شريكه فيه؛ لأنه مقتضى الشركة، إلا أن يلتزموا له قبل الشروع فى المطالبة عدم المشاركة، وللطالب رفعهم للإمام فيوكلون أو يطالبون وإلا خصمه بما اقتضى.

---

(١) فى ط: وإلا دام.

وقيل: لهم المشاركة فيما أخذه ويسلمون له[(١)]، ويتبعون الغريم؛ لأن الأصل: بقاء حقهم وشركتهم، فإن اختاروا اتباع الغريم، لم يشاركوه بعد ذلك؛ لأن ذلك مقاسمة، والقسمة لازمة [وإن ثوى على الغريم][(٢)] وإن كان الحق بكتابين، اختص كل واحد بمقبوضه، وإن كان أصل الكتابين مشتركًا؛ لأن تعدد الكتب كالقسمة.

فائدة: [(٣)] قال صاحب التنبيهات: ثوى - بكسر الواو وفتحها -: هلك، والكسر أفصح.

وعن مالك: الجواز فى الطعام وغيره، وهو على الخلاف فى القسمة: هل هى بيع أو لا؟

قال ابن يونس: قال أبو محمد: إذا باعا سلعتين من رجل وكتبا بثمنها كتابًا واحدًا- لا تكون بينهما شركة فى الحق.

قال: وفيه نظر؛ لأن تعدد الكتب لما أوجب تعدد الحقوق، فاتحادها يوجب اتحادها، وهو ظاهر الكتاب، وهذا إذا جمعا السلعتين فى عقد، حتى لو استحق وجه الصفقة - للمشترى الرد على القول بجواز الجمع بين سلعتين.

وقيل: لا ينفع مجرد الإشهاد فى الاختصاص دون الرضا بالخروج، فإن امتنع من الخروج معه ألزمه الإمام بالمقاسمة، وإذا التزم القاعد اختصاص القابض اختص، كان الغريم مليئًا أو معدمًا إلا بالمقبوض، بخلاف الكفيل لا يوجد معه إلا مقدار حق الحاضر فيقضى به، ثم يعدم - للآخر مشاركته؛ لأن القضاء بذلك خطأ، وههنا قسمة صحيحة.

قال اللخمى: إذا أذن الإمام له عند غيبة شريكه، اختص بإذن[(٤)] الشريك، لقى الغريم موسرًا أم لا، وإن اقتضى بغير إذن شريكه بعد إعلامه بذلك، وسأله أن يقتضى معه فامتنع: اختص - أيضًا - لأنه لو رفعه - حينئذ - إلى الحاكم لقضى عليه بالاختصاص، قاله ابن القاسم.

قال: وفيه نظر؛ لأنه إنما امتنع من الخروج ولم يرض بالاختصاص، واختلف:

---

(١) فى ط: أخذوا ويسلموا له.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: فرع.

(٤) فى ط: كإذن.

إذا كان الغريم حاضرًا فاقتضى بغير علمه، فلم يخصصه مالك، وقيل: يختص.

قال: وبه أقول؛ لأن الدين إن قدر كالعين كان له الاختصاص، وكذلك اختلف في العين بين الشريكين، يقسم أحدهما لنفسه:

منع ابن القاسم الاختصاص.

وجوزه أشهب.

ويتخرج على هذا بيع نصيبه فيختص[١] بالمبيع على الخلاف.

وفي كتاب القسم: له بيع نصيبه من العبد، ويختص بالثمن، بخلاف الطعام؛ لأن فيه المقاسمة قبل البيع. فلما لم يقاسمه بقي الثمن مشتركًا، والعبد لا يقسم، ولو باع الطعام على أنه لا يبيعه له، بل يبقى شريكه، كان كالعبد، وكذلك لو باع الدين من غريم أو أجنبي - يتخرج على هذا.

فرع: في النوادر: قال عبد الملك: لولي اليتيم المصالحة عنه فيما يخصه بإسقاط البعض وأخذ البعض، على وجه المصالحة[٢]، وأما ما يكون فيه مطلوبًا هو وأبوه فيما ورثه، فلا يجوز حتى تثبت الدعوى، فيجوز على القيمة من ذلك؛ لأن له عن ذلك مندوحة قبل الثبوت.

قال أصبغ: ولو ماتت، وتركت أبوين وولدًا صغيرًا، وصالح الأبوان الزوج على أن يأخذا ما ساقت المرأة ويأخذ ما ساق إليها، ولم يذكر الابن، فميراثه فيما أخذا إن كان يقارب، وإلا انتقض الصلح، وورث من الجميع [ويختص النقص بهما][٣]، فإن صالح أجنبي ليس بولي ولا وصي عنه، وعن أطفال في حق له ولهم، أو عليه وعليهم:

قال سحنون: لزمه حصته، وينظر الحاكم للأطفال، فيمضي إن كان نظرًا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا استحقت الدار بعد الصلح عليها، رجع بالمال، أو نصفها، رجع بنصفه.

فرع: قال: قال عبد الملك: إذا قضى القاضي بحق فصالحه[٤] عليه، ثم رجع

---

(١) في ط: فيختصر.
(٢) في أ: المصلحة.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ط: فصالحت.

القاضى - رجعت بمالك؛ كما لو دفعت الحق.

وقال مطرف: لا يرجع، بخلاف لو دفعت الحق؛ لأن الحق مبنى على القضاء، وقدانتقض، والصلح لا يتوقف على ثبوت الحق، بل يصح مع الإنكار.

فرع: قال: إذا استحق مال الصلح على الإنكار:

قال سحنون: يرجع بمثله فى المثلى، أو قيمته فى غير المثلى، إن كان الاستحقاق من يد المدعى، وإن كان من المدعى عليه، لم يرجع شىء[1]؛ لأنه إنما دفع عن نفسه خصومة بما أعطى، لا بشىء ثابت.

وقيل: يرجع.

فرع: قال: قال مطرف: إذا رضى أكابر الأولاد بشهادة زيد أنه يعلم محاسبة مورثهم، فشهد بالبراءة، فللأصاغر عدم الرضا بالشهادة، ويحلف الغريم، فإن نكل وحلفوا، غرم حصته للأصاغر فقط، ولو كان نكوله كالإقرار لدخلوا كلهم، ولو وجدت بينة، لم يغرم للأصاغر[2]؛ لأن الأكابر صدقوا الشاهد الأول، ولو كان الأكابر أوصياء للأصاغر، لزمهم صلحهم.

فرع: قال: قال مالك: على الميت ثلاثة آلاف، وترك ألفًا واحدًا ووارثًا واحدًا، فقال: أخروا الألف عندى سنة وأنا ضامن لدينكم - جاز؛ لأنها معاونة[3] على براءة الميت.

فإن كان معه وارث غيره وربح الألف بعد الوفاء على فرائض الله - تعالى -، جاز، وإن انفرد به، امتنع؛ لأنه ضمان بجعل، وكذلك إن ترك عرضًا.

ويمتنع: أضمن لكم نصف ما بقى وتحاللوا إلى، بخلاف إقرار المال بيده، ويجوز أن يصالح على إعطاء النصف والأداء من الباقى، وإن أسلم إليه المال وتحمل ثم طرأ دين آخر، غرم الجميع.

فرع: قال: إذا طلب المصالح أخذ الوثيقة التى صالح عليها فللآخر منعه؛ لأنه يشهد له بمال الصلح لثبوت أصل الحق، ويكتب الآخر وثيقة بتاريخ متأخر ليشهد له بصلحه. قاله مطرف.

---

(١) فى ط: شىء.

(٢) فى ط: إلا الأصاغر.

(٣) فى ط: معاوضة.

فرع: فى الكتاب: لهما مائة دينار عن شىء أصله بينهما، فصالح أحدهما عن حقه بعشرة، ولم يعذر من شريكه، فشريكه مخير فى تسليم ذلك، ويتبع الغريم بخمسين، أو يأخذ من شريكه خمسة ويتبع الغريم بخمسة وأربعين، ويرجع صاحبه بخمسة.

وعن ابن القاسم: لغير المصالح أخذ خمسة من المصالح؛ لأنه صالح بغير إذنه فى الاختصاص، ثم يرجع على الغريم بخمسين[1]؛ لأنه لم يرض بالمصالحة، فإذا قبضها، رد الخمسة للمصالح.

وقال غيره: إن اختيار الدخول مع المصالح جعل دينهما ستين. فيكون له خمسة أسداس العشرة، ويرجع بها المصالح على الغريم، ويرجع الآخر عليه بالباقى، وهو واحد[2] وأربعون وثلثان، وكذلك لو قبض العشرة القضاء، وحط أربعين، لشريكه [المقاسمة][3] كما تقدم، ولو قام عليه شريكه قبل الحطيطة، فقاسمه العشرة، ثم حط الأربعين، لا يرجع الشريك؛ لأنه قاسمه وحقه كامل، ثم يتبعان الغريم: هذا بخمسة، وهذا بخمسة وأربعين.

فرع: فى الكتاب: لو باع أحدهما حقه وصالح منه على قمح، فلشريكه رده واتباع الغريم؛ لأنه لم يأذن، أو أخذ نصف القمح؛ لأنه عوض عن الحق.

قال سحنون: ويكون بقية الدين بينهما.

وعن ابن القاسم: للذى لم يصالح أخذ نصف العوض المصالح به إن صالح على عوض، ثم إذا قبض جميع حقه رد المصالح قيمة العوض الذى أخذ منه يوم الصلح.

قال ابن يونس: يرد القيمة، وإن كان مكيلًا أو موزونًا؛ لأن السعر قد يختلف فى المثلى فيظلمه بدفع المثل. قاله بعض شيوخنا.

وقال: وكذلك إذا وهبه مثليًا للثواب ففات فى يد الموهوب، وكذلك فداء الأسير بالمثلى.

وقال غيره: بل يرجع بالمثل فى مسألة الشريكين.

---

(١) فى ط: بخمسة.
(٢) فى ط: واحد.
(٣) سقط فى ط.

قال: وهو الصواب؛ لأنه القاعدة فى الغصب وغيره.

فرع: فى الكتاب: إذا كان بينهما عروض مثلية، أو غير مثلية غير الطعام والإدام، فصالح أو باع بعشرة - لشريكه نصفها وما بقى على الغريم بينهما؛ لأن الجميع مشترك، والعوض عن المشترك مشترك، فإن سلم له ذلك وامتنع الغريم، لا يرجع عليه؛ كالمقاسمة.

فرع: قال اللخمى: إذا باع نصيبه من الدين ودخل من لم يبع على قوله فى الكتاب فيقاسمه نصفين اتفاقًا، ولو كان بينهما مائة فاقتضى نصيبه، رجع عليه بخمسة وعشرين على القول بالرجوع، وفيه خلاف.

واختلف - أيضًا - كيف يكون رجوعهما؟

فقال مرة: يرجع [على الغريم: كل واحد له خمسة وعشرين.

وعلى القول الآخر: يرجع][(1)] الذى لم يقبض على الغريم، فإذا استوفى ذلك، أخذ شريكه نصيبه، وهو خمسة وعشرون، وإن أخذ خمسة وعشرين، يأخذ منها شريكه نصفها، وكذلك فى جميع ما يأخذ.

فرع: قال: لو فلس الشريك كان المقتضى أحق بنصيبه الذى يستحقه من غرمائه. لأن حقه متعلق بذلك الدين، وإن هلك ما على الغريم، لم يكن له شىء.

فرع: فى الكتاب: يمتنع - إذا استهلك لك بعيرًا - أن يصالحه على مثله إلى أجل؛ لأنه فسخ دين فى دين، بخلاف الدنانير المؤجلة إن كانت القيمة فأدنى، وإلا امتنع النساء فى النقدين والقيمة التى وجبت لك من النقدين.

والتأخير فى غير ذلك معروف إن كان المستهلك يباع فى البلد بالدنانير، ويجوز على دراهم نقدًا، أو عرضًا نقدًا بعد معرفتكما بقيمة المستهلك؛ حذرًا من المعاوضة بالمجهول. وإن كان يباع بالدراهم، جاز على دراهم مؤجلة مثل القيمة فأدنى، ويمتنع بدنانير أو عرض إلا نقدًا، بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدنانير، وإلى أجل يمتنع؛ لأنه فسخ الدين فى الدين، فإن تعجله بعد الشرط، لم يجز؛ لوقوع العقد فاسدًا، وإن غصبك عبدًا فأبق، فكالاستهلاك.

قال ابن يونس: وقيل: له ترك القيمة وطلب العبد [لأن كليهما حقه.

---

(١) سقط فى ط.

وقيل: ليس له ترك القيمة وطلب العبد][1] وكأنه اشترى بها عبدًا آبقًا.

وعن ابن القاسم: إذا ذبح لك شاة يمتنع أخذك بالقيمة حيوانًا مأكولًا، إن كان لحمها لم يفت؛ لأنه لحم بحيوان، وإلا جاز نقدًا بعد معرفة قيمة الشاة، ويجوز أن يأخذ فى صبرة القمح المستهلك ما شئت نقدًا، ويمتنع مكيلتها من القمح، أو الشعير، أو السلت على التحرى؛ لأنه بيع الطعام غير معلوم التماثل، ويجوز كيل أدنى من كيل الصبرة؛ لأنه أخذ بعض الحق.

فرع: فى الكتاب: من أوصى بما فى بطن أمته، لم يجز للورثة مصالحة الموصى له؛ لأنه بيع للجنين وهو بيع الغرر، بخلاف خدمة العبد، وثمرة النخل، وسكنى الدار، ولبن الغنم وسمنها؛ لأنها يجوز بيعها.

قال ابن يونس: قيل: إنما جاز شراء السكنى ونحوها؛ لتخليص الرقاب، وإن كانت السكنى مدة العمر مجهولة، فاستثنى الجواز ههنا لتخليص الأمة كضرورة البيع وغيره.

فرع: فى الكتاب: إذا ادعيت شقصًا فصالحك المدعى عليه، ففيه الشفعة إن كان عن إقرار؛ لأنه بيع، وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: إذا أنكر عيب العبد المعيب جاز الصلح عليه، فإن كان الثمن إلى أجل فصالحته قبل الأجل على الرد إليه مع عبد آخر أو عرض نقدًا - جاز؛ كجواز الاستقالة منه قبل الأجل على عرض نقدًا.

وإنما يكره أن ترد دراهم أو دنانير قبل الأجل نقدًا؛ لأنه بيع وسلف من المشترى ليأخذ من نفسه لنفسه عند الأجل، وفى الدراهم صرف مستأخر، فإن امتنع من الزيادة فى الصلح، حط من الثمن بقدر العيب؛ لأنه كجزء المبيع يبقى عند البائع، فإذا حل الأجل، كان النقدان والعرض نقدًا، ويمتنع التأخير؛ لما تقدم، ويدخله فى العرض: الدين بالدين، فإن زاده البائع عرضًا أو عبدًا نقدًا، ولم يفت العبد، جاز؛ لأنهما فى صفقة، واستغلى فزاده، وتمنع زيادة البائع دراهم نقدًا؛ لأنه سلف منه، أو دنانير امتنع؛ لأنه عبد وذهب بفضة إلى أجل.

وكذلك إن كان المبيع بدنانير مؤجلة، ثم يزيده دراهم نقدًا، فإن فات العبد

---

(١) سقط فى أ.

بعتق، أو تدبير، أو موت والثمن دراهم - امتنع زيادة البائع دراهم نقدًا؛ لأنها سلف يرده المبتاع عند الأجل، بل يضع عنه حصة العيب.

قال صاحب التنبيهات: قوله: دراهم ودنانير مشكل، لوقوع الدنانير على الكثير، فهو صرف وبيع، وإن كان رأس المال ذهبًا بذهب، وعبد بذهب.

وقيل: معنى ذلك: إن كان البيع بذهب يكون الصلح بذهب على أن يسقط عنه من الذهب ذلك ويقاصه به، وإن كان دراهم فتكون أقل من صرف دينار.

وقيل: بل الكلام على التفصيل: إن كان ذهبًا فيرد ذهبًا، أو دراهم فدراهم. ويحتمل أنه إن أراد بذكر الدنانير الذهب من غير كثرة، فإن كان فى المسألة المردود ذهبًا أقل من دينار، جاز، وإن كان رأس المال فضة: فإن رد دراهم، فعلى المقاصة، وإن كانت كثيرة، وإن كان رأس المال ذهبًا: فإن رد ذهبًا، فعلى المقاصة، وإن كانت كثيرة، وإن رد دراهم، فعلى أنها دون صرف نصف دينار.

وقال ابن يونس: قال أبو محمد: إذا فات العبد لا أدرى معنى قوله: تمنع زيادة البائع دراهم نقدًا؛ لأنها سلف للمبتاع؛ لأن العبد فات فلا يمنع السلف، إلا أن يعطيه دراهم أقل من حصة العيب، فيتهم البائع فى دفع قليل فى كثير.

وقال ابن القابسى: إنما يمنع هذا؛ لأنه دفع بها خصومة العيب، فهو سلف لمنفعة، وعلى هذا التعليل تمنع، وإن كان أقل من حصة العيب، وهو أحسن مما تقدم لأبى محمد.

فرع: فى الكتاب: يمتنع الصلح على البراءة من عيوب العبد بعد العقد بدراهم؛ لأن البائع لا يبرأ حتى يوقف المشترى على العيب.

قال ابن يونس: هذا على قول مالك: لا تنفع البراءة مما علمه حتى يبينه، وعلى قوله فى إجازة البراءة مما لا يلعمه: تجوز البراءة بعد العقد.

فرع: فى الكتاب: صلح الأجنبى على دينك يلزمك، وإن لم يقل: أنا ضامن؛ لأنه إنما قضى على الذى عليه الحق.

قال صاحب التنبيهات: معناه: أن الأجنبى ضامن لما صالح به.

قاعدة مذهبية:

إذا فعل الإنسان عن غيره ما شأنه أن يفعله، مضى فعله عليه، وكان له الرجوع عليه، كان واجبًا كدفع الدين؛ أو غير واجب؛ كغسل الثوب؛ خلافًا لـ (ش)؛

تنزيلًا للإذن الشرعى فى الواجب أو فى العادى فى غير الواجب - منزلة الإذن القولى، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال - إجماعًا - فى النقود وغيرها، فكذلك ههنا.

فرع: فى الكتاب: إذا صالحت على ألف درهم نقدًا بمائة، لا يضر الافتراق قبل القبض؛ لأنها بعض دينك، وقد كان لك تأخير الجميع، ويمنع فى العروض والطعام من سلم إذا صالحك[١] على رأس ماله؛ لأنه فسخ دين فى دين، وبيع الطعام قبل قبضه.

فرع: كره مالك المصالحة على الدراهم الجياد بالمخلوطة[٢] بالنحاس، أو المبهرجة[٣] والتعامل بها، وإن بيّن؛ لما فيه من تكثير الغش بين الناس، وتقطع.

قال ابن القاسم: يجوز الصلح إن لم يغر بها أحدًا إن كان يأخذها ليقطعها.

فرع: فى الكتاب: تجوز المصالحة على طعام قرض، وعشرة دراهم بأحد عشر درهمًا نقدًا، ويمتنع من بيع؛ لأنه [بيع][٤] الطعام قبل قبضه.

قال ابن يونس: يريد: إذا كانت دراهم الطعام حالة، ويمتنع فى المؤجلة، حل أجل الطعام أم لا؛ لأنك بعته ليعجل الدراهم، فهو بيع وسلف.

فرع: فى الكتاب: لك مائة دينار ومائة درهم حالة، يجوز الصلح على مائة دينار ودراهم؛ لأن الدنانير قضاء عن الدنانير، والدراهم عن الدراهم، وأسقط الباقى، وتمتنع على مائة مؤجلة وعشرة نقدًا؛ لأن للمتأخر حصة من الذهب والفضة، فهو صرف، وبيع، وسلف.

قال ابن يونس: سواء نقد الدراهم فى المسألة الأولى أم لا، وكذلك المائة دينار؛ لأنها قضاء وحطيطة، ولو أخذ منه مائة دينار، ودينارًا نقدًا، جاز؛ لأن المائة قضاء، والدينار بيع بالمائة درهم، ولو تأخر الدينار، لم يجز؛ لأنه صرف مستأخر، ولو نقد الدينار وأخر المائة، امتنع؛ لأنه بيع وسلف.

فرع: فى الكتاب: إذا ادعيت مائة دينار فصالحت عليها بألف درهم يتأخر

(١) فى ط: صالح.
(٢) فى أ: المخلوطة.
(٣) فى ط: البهرجة.
(٤) سقط فى ط.

بعضها، امتنع؛ لأنه صرف مستأخر، وإن نسيتما[١] مبلغ الدنانير، جاز الصلح بذهب أو فضة أو عرض نقدًا، ويتحالان ويمتنع التأخير؛ لأنه دين بدين.

قال ابن يونس: قيل: إذا صالحه على ما يشك أنه مثل السكة أو أقل من الوزن إلى أجل - جاز.

فى الموازية: إذا قضى مثل عينها وجودتها نقدًا، جاز، قل أو كثر[٢]، ويمتنع أكثر إلى أجل؛ لأنه تأخير بزيادة.

وقال أشهب: إذا جهلا وزنها، جاز كل شىء؛ لأنهما لا يتعمدان الفساد إذا كان ذلك نقدًا، ويمتنع إلى أجل؛ إذ قد يعطيه أكثر من حقه، فإن اصطلحا على شىء، امتنعت الإقالة فى ذلك الصلح؛ لأنهما يخرجان من معلوم إلى مجهول، وكذلك كل متصالحين على الإنكار.

فرع: فى الكتاب: يمتنع على ثوب بشرط صبغه، أو على أنك فيه بالخيار ثلاثة[٣]؛ لأنه دين فى دين.

فرع: فى الكتاب: إذا أشهدت: إذا أعطاك من الألف الحالة مائة سقط الباقى، لزمكما ذلك؛ لأنه وعد يدخل فى تصرف المال، فإن أعطاك، سقط الباقى، وإلا فالألف باقية؛ لعدم الشرط.

قال ابن يونس: عن مالك: إن عجلت حقى اليوم أو إلى شهر فلك وضيعة كذا، فعجل إلا درهمًا، أو بعد الوقت باليسير - لزمتك الوضيعة؛ لأن ما قارب الشىء له حكمه. ومنع [أصبغ][٤] لعدم الشرط بعدم جزئه.

قاعدة: الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود فى خطر، أو يترتب عليه تعليق، كما فى هذه المسألة، فيلزم؛ نفيًا للضرر ووفاء بالشرط، ولو لزم مطلقًا لأدى ذلك لحسم مادة الوعد بالمعروف، وقوله - عليه السلام -: «وعدُ الكَرِيمِ دَيْن»[٥] خبر

---

(١) فى ط: سميتما.
(٢) فى أ: أقل أو أكثر.
(٣) فى ط: ثلاثًا.
(٤) سقط فى ط.
(٥) أخرجه الديلمى فى مسند الفردوس عن على بن أبى طالب، كما فى كنز العمال (٦٨٧٠) ولفظه: «عدة المؤمن دين وعدة المؤمن كأنها خذ باليد».

معناه: الأمر للندب، أي: ليكن الكريم إذا وعد يلزم نفسه الوفاء كما يلزمه الوفاء بالدين.

ويدل على الندبية كونه - عليه السلام - قرنه وخصصه بوصف الكرم الحاث على مكارم الأخلاق، والوجوب لا يختص[١].

فرع: فى النوادر: إن لم أوافك عند القاضى لأجل يذكره، فدعواى باطلة، أو يقول المدعى عليه: إن لم أوافك[٢]، فدعواك حق مع يمينك.

قال مطرف، وعبد الملك: شرط ساقط؛ لأنه التزام للكذب فى الظاهر، بخلاف قوله: دعنى أسافر، فإذا قدمت فأنت مصدق مع يمينك؛ لأنه عدة برد اليمين عليه، فيلزم.

فرع: قال: قال مطرف: إذا صالح من شقصه على أنه متى أدى المشترى ولده رجع فيها، لا يلزمه، وله القيام متى شاء، وللمشترى مطالبته بالأخذ متى شاء ما لم يطل الزمان شهورًا كثيرة.

قال أصبغ: الشرط لازم حتى يؤدى ولده توفية بالشرط، وللمشترى رفض الصلح، ويوقف له الشفيع؛ لأنه كمعروف أخذه على أن له الرجوع فيه [و][٣] إن أداه، فيلزم؛ كما لو شرط أن يترك الشفعة، إلا أن يدخل عليه ضرر بالبيع، فمن باع من غيره فهو على شفعته.

فرع: قال مطرف: صولح على سرقة وهو منكر، فأقر غيره أنه سرقها، فإن تمادى على إقراره قطع، وأخذ المدعى عليه مال الصلح، والمسروق منه تمام قيمة سرقته، وإن كان عديمًا، لزم الصلح الأول، ولو رجع، سقط القطع؛ لأن الرجوع شبهة، فيسقط الحد، ويثبت الغرم[٤] المتقدم، وإن كان عديمًا[٥]؛ لأن الإعدام إنما يسقط السرقة المحققة.

---

(١) فى أ: يتمحض.
(٢) فى ط: أوفك.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: العدم.
(٥) فى ط: معدمًا.

ولو صالحه على سرقة عبد، فوُجد، فهو له دون السيد؛ لأنه صار فى ضمانه ويدفع المال، وليس له رده لسيده، وارتد المال؛ لأن الصلح وقع بأمر جائز.

ولو قال للبينة: إنما أدفع خوفًا من السلطان وضرب السياط، وما أخذت شيئًا، لا ينفعه، وما يتدافع الناس إلا للسلطان إلا أن يكون قريبًا من السلطان، ويعلم أن السلطان يطاوعه، فيجتهد فيه الحاكم.

فرع: قال: ولو ذكر عند الصلح ضياع الصك فوجده، له القيام به، بخلاف من وجد البينة، ولو قال: حقك حق فات بالصك فامحه، وخذ حقك، فقال: قد ضاع، وأنا أصالحك - فلا قيام له بالصك؛ لأنهما دخلا على سقوطه بخلاف الأول.

فرع: قال: قال أصبغ: قال لرجل عليه مائة دينار لغائب: هلم خمسين، وأحط عنك خمسين على أن أضمن ذلك - صح، إن كان الغائب قريب الغيبة بحيث لا يطول لبث المال فى يديه فيكون، وإلا فلا؛ لأنه معروف يفسد به ووقع[1] النفع.

فرع: قال: قال مطرف: إذا صالح الوكيل حيث لا يجوز له الصلح على الموكل، وقال: إن لم يجزه الطالب فما أعطيت رد إليك - صح، ولا يكون الطالب أحق[2] بما اقتضى وكيله من غرماء المطلوب إن قاموا، ولولا الشرط لم يرد المال ولم يدخل فيه الغرماء ويتبع بما بقى، ولو قطع الوكيل ذكر الحق وأفاته، ضمن.

فرع: قال: قال مطرف: ادعى ولد أن أباه الغائب وكله على المصالحة فصالح، ثم وجد الأب ميتًا، فرجع أحدهما عن الصلح، فإن كانت الوكالة بينة، لزم جميع الورثة، وإلا فلا، إلا أن يشاءوا، ولا خيار للخصم؛ لأنه رضى بالوكالة، فإن ردوا، لزم المصالح فى حصته؛ لأنه رضى بالصلح إن شاء الخصم ذلك وإلا فلا، ولو انفرد المصالح بالميراث، لم يكن لأحدهما الرجوع لرضاهما.

فرع: فى الجواهر: إذا اطلع على عيب، فصالح على عدم القيام بمال: فأصل ابن القاسم فى المدفوع: الأخذ بالأحوط. وجعل هذا الصلح مبايعة ثانية بعد انفساخ الأول، فيعتبر[3] فيها ما يحل ويحرم من بيع وسلف، وفسخ دين فى دين.

---

(١) فى ط: بتوقع.
(٢) فى أ: أخذ.
(٣) فى أ: فتعين.

وأصل أشهب: أنها ليست فسخًا للأول، وإنما هى بترك المنازعة فيعتبر ما يجوز أخذه عن الإسقاط.

والخلاف مبنى على أصل مختلف فيه: هل من خير بين شيئين يعد كأنه مالك لما حازه قبل اختيار[١]، أو منتقلًا عن الأخذ؟ فإن المتمسك بالعيب ملك أن يتمسك به وأن يرد، فهو يفيد أنه ملك الرد قبل اختياره، فيكون الصلح على ما ملك فى هذا العين، أو لا يكون مالكًا إلا لما اختاره، وهو المتمسك.

ومثاله: عبد بمائة دينار قبضها، فتجوز المصالحة بكل شىء معجلًا، ويشترط فى العين أن تكون من سكة الثمن على أصل ابن القاسم؛ لأن المائة وجب ردها، فدفع البائع عوضًا عنها العبد، وما دفعه عن العيب بغير السكة ليس [تسعين][٢] بالمبادلة للمكايسة، ولو دفع دراهم أكثر من صرف دينار نقدًا امتنع - عنده - لأنه بيع وصرف، فيمنع[٣] إلا فى القليل.

ويجيزه أشهب؛ لأنه يجيز البيع والصرف فى عقد، أو لأنه لا يرى هذا معاوضة عن الثمن. وعلى دنانير مؤجلة يمتنع عند ابن القاسم؛ لأن المائة [لما][٤] وجب ردها عنده، أخذ المشترى العبد بتسعين على أن يؤخره بالعشرة فهو بيع وسلف فيجرى على أحكام البيع والسلف، ويجوز عند أشهب.

وكذلك الدراهم المؤجلة، يمنعها ابن القاسم؛ لأنها صرف مستأخر، ولو صالحه قبل نقد المائة معجلة، امتنع؛ لأنه عبد ودنانير فى دنانير يأخذها من المشترى، إلا أن يشترط المقاصة من الثمن، فكأنه أسقط بعضه للعيب، ولو صالحه البائع على تسعين يأخذها منه ويؤخر عشرة[٥]؛ لانعكس التفريع على المذهبين[٦]: فيجوز عند ابن القاسم؛ لأنه عقد ثان على العبد بتسعين نقدًا وعشرة مؤجلة.

ويمتنع عند أشهب؛ لبقاء العقد الأول على حاله، فأخذ من ثمنه عشرة سلفًا حتى

---

(١) فى ط: اختيار.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: فيمتنع.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى أ: غيره.
(٦) فى أ: المذهب.

لا يقوم بالعيب، فهو سلف للنفع، ولو صالحه على دراهم أو عرض مؤخر، جاز عند ابن القاسم، ويمتنع عند أشهب؛ لأنه فسخ الثمن الأول فى دين [فهو دين فى دين][1].

فرع: قال: الوضيعة فى الصلح لازمة؛ لأن ذمة الغريم برئت منها.

فرع: قال: الافتداء من اليمين بالمال جائز، ويحرم أخذه على المبطل.

* * *

(١) سقط فى أ.

فهرس المحتويات

* * *